9 C 9

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMAN.
SALA DI STUDIO
5 - 80
5

NAZIONALE
R. BIBLIOTECA
1
30 C
7
CENTRALE V. E. II
ROMA

BNCR
S.S.
340
(02)
S 23

SS.5.80/5

~~340(02)S73/5~~

1.30.C.7

BIBLIOTECA NAZ.
ROMA
VITTORIO EMANUELE

System

des

heutigen Römischen Rechts

von

Friedrich Carl von Savigny.

Fünfter Band.

Mit K. Bairischen und K. Würtembergischen Privilegien.

Berlin.

Bei Veit und Comp.

1841.

Inhalt des fünften Bandes.

Zweytes Buch. Die Rechtsverhältnisse.

Viertes Kapitel. Verletzung der Rechte.

§. 204. Einleitung 1

§. 205. Klage 4

§. 206. Arten der Klagen. In personam, in rem 11

§. 207. Arten der Klagen. In personam, in rem. (Forts.) 17

§. 208. Arten der Klagen. In personam, in rem. (Forts.) 23

§. 209. Arten der Klagen. In personam, in rem. (Forts.) 28

§. 210. Arten der Klagen. Pönalklagen 37

§. 211. Arten der Klagen. Pönalklagen. (Fortsetzung.).... 44

§. 212. Arten der Klagen. Pönalklagen. (Fortsetzung.).... 55

§. 213. Arten d. K. Civiles, honor. Ordinariae, extraord. 61

§. 214. Arten der Klagen. Bestandtheile der formula..... 67

§. 215. Arten der K. Directae, utiles. Certa, incerta form. 70

§. 216. Arten der Klagen. In jus, in factum conceptae 78

§. 217. Arten d. K. In jus, in factum conceptae. (Fortſ.) 91
§. 218. Arten der Klagen. Iudicia, arbitria. Stricti juris, bonae fidei 101
§. 219. Arten der Klagen. Stricti juris (Condictiones), bonae fidei 107
§. 220. Arten der Klagen. Stricti juris (Condictiones), bonae fidei. (Fortſ.) 114
§. 221. Arten der Klagen. Arbitrariae actiones 119
§. 222. Arten der Klagen. Arbitrariae actiones. (Fortſ.) 125
§. 223. Arten der Klagen. Arbitrariae actiones. (Fortſ.) 130
§. 224. Arten der Klagen. Heutige Anwendung 136
§. 225. Vertheidigung d. Beklagten. Einleitung. Duplex actio. 150
§. 226. Exceptionen. Form. Geſchichte 160
§. 227. Exceptionen. Inhalt. Arten 169
§. 228. Exceptionen. Abweichende Anſichten 179
§. 229. Replicationen, Duplicationen u. ſ. w. 189
§. 230. Aufhebung des Klagrechts. Überſicht. I. Tod..... 196
§. 231. Aufhebung des Klagrechts. II. Concurrenz. Einleitung. Terminologie 204
§. 232. Aufhebung. II. Concurrenz. Erſte Klaſſe. Vollſtändige Concurrenz 214
§. 233. Aufhebung. II. Concurrenz. Zweyte Klaſſe. Partielle Concurrenz 222
§. 234. Aufhebung. II. Concurrenz. Dritte Klaſſe. Keine Concurrenz 232

§. 235. Aufhebung. II. Concurrenz. Gemeinsame Betrachtungen 252
§. 236. Aufhebung. II. Concurrenz. Gemeinsame Betrachtungen. (Forts.) 259
§. 237. Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Einleitung 265
§. 238. Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Geschichte 273
§. 239. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. a. Actio nata 280
§. 240. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. a. Actio nata. (Forts.) 289
§. 241. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. a. Actio nata. (Forts.) 299
§. 242. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. b. Ununterbrochene Versäumniß 312
§. 243. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. b. Ununterbrochene Versäumniß. (Forts.) 319
§. 244. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. c. Bona fides 326
§. 245. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. c. Bona fides. (Forts.) 335
§. 246. Aufhebung. III. Verjährung. Bedingungen. c. Bona fides. (Forts.) 342
§. 247. Aufhebung. III. Verjähr. Bedingungen. d. Zeitablauf. 352

§. 248. Aufhebung. III. Verjährung. Wirkung..... 366
§. 249. Aufhebung. III. Verjährung. Wirkung. (Forts.) 374
§. 250. Aufhebung. III. Verjährung. Wirkung. (Forts.) 384
§. 251. Aufhebung. III. Verjährung. Wirkung. (Forts.) 397
§. 252. Aufhebung. III. Verjährung. Ausnahmen..... 408
§. 253. Aufhebung. III. Verjährung. Anwendung auf Exceptionen..... 413
§. 254. Aufhebung. III. Verjährung. Anwendung auf Exceptionen. (Forts.)..... 419
§. 255. Aufhebung. III. Verjährung. Anwendung auf Exceptionen. (Forts.)..... 429

Beylage XII. Quanti res est..... 441
Beylage XIII. Stricti juris, bonae fidei actiones..... 461
Beylage XIV. Die Condictionen..... 503

Nachtrag zu §218..... 613

Viertes Kapitel.

Verletzung der Rechte.

§. 204.

Einleitung.

Bisher wurden die Rechte an sich betrachtet, als die nothwendigen Bedingungen des Zusammenlebens freyer Wesen (§ 52). In dem durch die Rechtsregeln beherrschten Leben besteht die Rechtsordnung, welche mithin durch Freyheit hervorgebracht und erhalten wird. Indem wir aber das Wesen derselben in die Freyheit setzen, müssen wir zugleich die Möglichkeit einer freyen Gegenwirkung hinzu denken, also einer Rechtsverletzung, welche die Störung jener Rechtsordnung ist.

Aus dieser Möglichkeit der Rechtsverletzung entwickelt sich das Bedürfniß folgender Reihe neuer Rechtsinstitute, die wir mit einem gemeinschaftlichen Namen als Schutzanstalten für die Rechtsordnung bezeichnen können:

1) Die Gerichtsbarkeit, als Bestandtheil des Staatsrechts.

2) Die Strafe, als Inhalt des Criminalrechts.

3) Die auf die Herstellung des gestörten Rechtszustandes abzweckenden Formen, als Inhalt des Prozeßrechts.

Alle diese aus der Rücksicht auf die Verletzung hervorgehende Rechtsinstitute liegen außer dem Kreise unsrer gegenwärtigen Betrachtung (a). Dagegen gehört zu denselben eine andere Klasse von Rechtsinstituten, die gleichfalls in der Rechtsverletzung ihre Entstehung haben. Indem wir ein Recht in der besonderen Beziehung auf die Verletzung desselben betrachten, erscheint es uns in einer neuen Gestalt, im Zustand der Vertheidigung. Theils die Verletzung, theils die zur Bekämpfung derselben bestimmten Anstalten, äußern eine Rückwirkung auf den Inhalt und das Daseyn des Rechts selbst, und die Reihe von Veränderungen, die auf diese Weise in ihm entsteht, fasse ich zusammen unter dem Namen des Actionenrechts.

Die erwähnten Veränderungen werden bei jedem einzelnen Rechtsinstitut auf eine ihm eigenthümliche Weise erscheinen; ihnen allen aber muß etwas Gemeinsames zum Grunde liegen, ohne welches jene eigenthümliche Erscheinungen nicht verstanden werden können. Aus dieser Betrachtung ergiebt sich die natürliche Unterscheidung eines

(a) Vgl. oben § 1. — Indem hier diese Absonderung im Allgemeinen geltend gemacht wird, soll damit keinesweges das absolute Daseyn einer scharfen Gränze und die Nothwendigkeit ihrer strengen Beobachtung behauptet werden. Der Prozeß insbesondere, und das hier abzuhandelnde Actionenrecht, stehen in so enger Verbindung, daß es dem Urtheil eines jeden Bearbeiters der einen oder andern Disziplin überlassen bleiben muß, wie viel er von diesem Gränzgebiet zur vollständigen Entwicklung seiner Gedanken in Besitz zu nehmen nöthig findet.

allgemeinen und eines besonderen Actionenrechts. So zum Beyspiel ist die hypothecaria actio die besondere Gestalt, worin das Pfandrecht in Folge einer Verletzung erscheint, und es gehört dazu namentlich eine sehr eigenthümlich bestimmte Klagverjährung; es ist aber nicht möglich, diese besondere Lehre zu verstehen, wenn nicht die allgemeine Natur der Klage und der Klagverjährung zuvor erkannt worden ist. Das, was ich hier als das besondere Actionenrecht bezeichnet habe, kann nur stückweise, in Verbindung mit den einzelnen Rechtsinstituten worauf es sich jedesmal bezieht, zweckmäßig mitgetheilt werden; die Darstellung des allgemeinen Actionenrechts ist die Aufgabe des gegenwärtigen Kapitels.

Manche haben die Klagenrechte als eine selbstständige Klasse von Rechten, auf gleicher Linie stehend mit den Rechten der Familie, dem Eigenthum u. s. w., ansehen wollen, und es muß hier an den Widerspruch erinnert werden, der schon oben (§ 59) gegen diese Auffassung erhoben worden ist. Es gehören vielmehr diese Rechte nur zu dem Entwicklungsprozeß oder der Metamorphose, die in jedem selbstständigen Rechte eintreten kann, und sie stehen daher auf gleicher Linie mit der Entstehung und dem Untergang der Rechte, welche gleichfalls nur als einzelne Momente in dem Lebensprozeß der Rechte, nicht als Rechte für sich, aufgefaßt werden dürfen.

Die Veränderungen der Rechte, welche nunmehr dargestellt werden sollen, zerfallen in zwey Klassen.

Einige derſelben entſtehen aus der bloßen Thatſache der Verletzung ſelbſt; dahin gehört die Lehre von den Klagen, den Exceptionen, und den weiteren Entwicklungen der hierin enthaltenen Gegenſätze.

Andere entſtehen erſt durch die in den Rechtsſtreit eingreifenden, zur Abwendung der Verletzung beſtimmten Handlungen. Die Litiscontestation und das Urtheil ſind die einflußreichſten unter dieſen Handlungen.

Die erſte Klaſſe macht den Inhalt des gegenwärtigen Bandes aus, die zweyte wird in dem folgenden Band behandelt werden.

§. 205.

Klage (a).

Die beſondere Geſtalt, welche jedes Recht in Folge einer Verletzung annimmt, zeigt ſich zunächſt in folgender Weiſe. Unſere Rechte überhaupt beziehen ſich theils auf alle uns gegenüber ſtehende Menſchen, theils auf beſtimmte

(a) Ich will hier gleich im Eingang einige Schriften über dieſen Gegenſtand namhaft machen, um ſie im Lauf dieſer Unterſuchung bequemer anführen zu können. Duroi spec. observ. de j. in re Heidelb. 1812. 8. Düroi Bemerkungen über actio in rem und a. in personam, Archiv B. 6. S. 252—310, 386—440 (1823). Gans über Römiſches Obligationenrecht Heidelberg 1819. 8. Haſſe (der jüngere) über das Weſen der actio, Rhein. Muſeum B. 5 S. 1—86. 154—205 (1833). Huschke progr. de actionum formulis quae in lege Rubria exstant. Vratislav. 1832. 4. — Es muß dabey bemerkt werden, daß bey Erſcheinung der erſten Schrift von Düroi, ſo wie der Schrift von Gans, Gajus noch nicht herausgegeben war, weshalb das Gute in dieſen Schriften verdienſtlicher, das Irrige ſchuldloſer iſt.

Individuen (§ 58), und diesen letzten Character tragen am Entschiedensten die Obligationen an sich. Die Verletzung unsrer Rechte aber ist nur denkbar als Thätigkeit eines bestimmten Verletzers, zu welchem wir dadurch in ein eigenes, neues Rechtsverhältniß treten; der Inhalt dieses Verhältnisses läßt sich im Allgemeinen dahin bestimmen, daß wir von diesem Gegner die Aufhebung der Verletzung fordern. Dieser Anspruch gegen eine bestimmte Person und auf eine bestimmte Handlung hat demnach eine den Obligationen ähnliche Natur (§ 56); der Verletzte und der Verletzer, oder der Kläger und der Beklagte, stehen einander gegenüber wie ein Glaubiger und ein Schuldner. So lange jedoch dieses neue Verhältniß in den Gränzen einer bloßen Möglichkeit bleibt, und noch nicht zu einer bestimmten Thätigkeit des Verletzten geführt hat, können wir es nicht als eine wahre, vollendete Obligation ansehen; es ist vielmehr erst der Keim einer solchen, der jedoch auf dem Wege natürlicher Entwicklung in eine wahre Obligation übergeht.

Das hier beschriebene, aus der Rechtsverletzung entspringende Verhältniß heißt Klagrecht oder auch Klage, wenn man diesen Ausdruck auf die bloße Befugniß des Verletzten bezieht; denn allerdings wird derselbe auch gebraucht, um die in bestimmter Form erscheinende wirkliche Thätigkeit des Verletzten zu bezeichnen, in welchem Sinn der Ausdruck die Klaghandlung bezeichnet, also (unter Voraussetzung des schriftlichen Prozesses) mit Klagschrift oder Klaglibell gleichbedeutend ist. Hier kann blos von der

Klage in jener ersten (materiellen) Bedeutung die Rede seyn, also von dem Klagrecht; die Klage in der zweyten (formellen) Bedeutung, oder die Klaghandlung, mit ihren Bedingungen und Formen, gehört in die Lehre vom Prozeß.

Von diesem allgemeinen Standpunkt aus lassen sich zwey Bedingungen angeben, die bey jeder Klage vorausgesetzt werden: ein Recht an sich, und eine Verletzung desselben. Fehlt das erste, so ist eine Rechtsverletzung undenkbar; fehlt die zweyte, so kann das Recht nicht die besondere Gestalt einer Klage annehmen: es ist nicht actio nata, nach dem von neueren Juristen eingeführten, richtig bezeichnenden Ausdruck. Die Rechtsverletzung aber kann wiederum in verschiedenen Gestalten erscheinen, welche in der Wirklichkeit oft in einander greifen oder auch unentschieden bleiben mögen. Es kann nämlich bald das Daseyn des Rechts oder der Verletzung von dem Gegner verneint, bald auch ein blos factischer Eingriff in das unbestrittene Recht eines Andern versucht werden.

In dieser ganzen Untersuchung ist eine genaue Feststellung des Römischen Sprachgebrauchs unentbehrlich. Manche werden glauben, daß darauf hier zu großes Gewicht gelegt sey; wer aber unbefangen erwägt, wie viel Unklarheit und Irrthum bey vielen Schriftstellern lediglich aus der Versäumniß dieser Grundlage entsprungen ist, der wird die hierauf verwendete Arbeit nicht fruchtlos finden.

In Beziehung auf die Klagen und ihre Bezeichnung müssen wir im Römischen Recht drey Zeiträume unterscheiden.

In der älteſten Zeit iſt allein von der Legis actio die Rede, und dieſer Ausdruck hat eine überwiegend formelle Bedeutung. Er bezeichnet die zur Abwehr der Verletzung anzuwendende Thätigkeit, welche theils in ſymboliſchen Handlungen, theils in beſtimmt vorgeſchriebenen wörtlichen Formeln beſtand.

Nachdem die Legis actiones (mit geringen Ausnahmen) abgeſchafft waren, wurden die formulae Grundlage der ganzen Rechtsverfolgung (b). Dieſer Zuſtand dauerte ſo lange als der ordo judiciorum privatorum, beſtand alſo namentlich zu der Zeit, worin die juriſtiſchen Schriftſteller lebten. Hier wurde vorzugsweiſe actio für die materielle Bedeutung der Klage, formula für die formelle gebraucht (c), jedoch ſo daß die Ausdrücke nicht immer ſtreng aus einander gehalten wurden.

Seit der Aufhebung des ordo judiciorum, das heißt

(b) Gajus IV. § 30 „ . . per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut *per concepta verba, id est per formulas*, litigaremus." — Es würde ein großer Irrthum ſeyn, wenn man glauben wollte, zur Zeit der Legis actiones ſeyen keine feyerliche verba, alſo keine formulae, gebraucht worden; davon ſagt Gajus II. § 24. IV. § 16. 21. 24 gerade das Gegentheil. Der Unterſchied war der, daß man früher ſymboliſche Handlungen vermiſcht mit verba gebrauchte, ſpäter ſolche verba allein, und zwar in neuer, zeitgemäßer Abfaſſung; dieſe neuen, allein ſtehenden, verba werden nunmehr ausſchließend mit dem Namen formulae belegt, weil man keinen ſpecielleren Namen dafür hatte. Zugleich führt nun dieſer Ausdruck noch den Nebenbegriff einer vom Prätor an den Juder gerichteten, und zwar ſchriftlich von ihm abgefaßten, Anweiſung (*concepta verba*) mit ſich, wodurch er in einen noch ſchärferen Gegenſatz gegen die alten, in den Legis actiones enthaltenen, Formulare trat.

(c) Dieſes iſt der im vierten Buch des Gajus herrſchende Sprachgebrauch.

etwa von Constantin an, hat die formula mit ihren einzelnen Theilen keine Bedeutung mehr, während die actiones eben so wie früher vorkommen. In diesem Sinn sind die Auszüge aus den früheren juristischen Schriftstellern gemacht worden, aus welchen Justinians Digesten bestehen (d), und dieselbe Umarbeitung der Institutionen des Gajus findet sich in Justinians Institutionen.

Was nun das Wort actio betrifft, so war der Sprachgebrauch schon bey den alten Juristen schwankend. Nach Papinian heißt actio nur die Klage in personam, die in rem heißt petitio, beide zusammen persecutio (e). Aus derselben engeren Bedeutung ist es zu erklären, daß die Klage aus dem Erbrecht *petitio* hereditatis (nicht actio) heißt. Ulpian dagegen unterscheidet wörtlich eine specielle und eine generelle Bedeutung des Ausdrucks; die specielle ist ihm dieselbe wie bey Papinian, die generelle umfaßt auch die in rem: persecutio nennt er die extraordinaria cognitio, die ohne Judex durchgeführt wurde (f). In an-

(d) Wir haben also durchaus keinen Grund, die unzähligen Digestenstellen, welche von actiones im Allgemeinen, oder von einzelnen actiones, reden, für interpolirt zu halten; dagegen sind diejenigen Stellen der alten Juristen, welche von der formula, intentio, condemnatio u. s. w. redeten, bis auf wenige Spuren, bey der Abfassung der Digesten weggelassen worden.

(e) *L.* 28 *de O. et A.* (44. 7.).

(f) *L.* 178 § 2. 3 *de V. S.* (50. 16.) (der § 3 freylich rechnet auch die persecutio unter die actiones). Diese Stelle hängt durch die Inscription zusammen mit *L.* 2 *de hered. vel act. vend.* (18. 4.), worin die Frage abgehandelt wird, welche Rechte, und namentlich welche Klagen, der Verkäufer einer Erbschaft auf den Käufer übertragen müsse. Aus dieser größeren Stelle wurden diejenigen Stücke ausgehoben, welche

deren Stellen nimmt er den Ausdruck bald in der engeren Bedeutung (g), bald in der weiteren (h). Paulus dehnt den Ausdruck auch auf die persecutio aus (i). Ganz unrichtig nun würde es seyn, diese Ausdehnung des Sprachgebrauchs erst nach Papinian annehmen zu wollen. Vielmehr zerlegt schon Gajus den Gattungsbegriff actio in zwey Arten, in personam und in rem actio (k), bey welcher Eintheilung offenbar schon der ausgedehntere Sprachgebrauch zum Grunde liegt. Hieraus ist es einleuchtend, daß der Sprachgebrauch lange Zeit hindurch geschwankt hat; jedoch darf dieses nicht durchaus als Erzeugniß bloßer Willkühr und gänzlicher Gleichgültigkeit gegen festen Sprachgebrauch angesehen werden. Könnten wir die angeführten Stellen in ihrem ursprünglichen Zusammenhang

als Worterklärungen dienen konnten, und in den Titel de verborum significatione gesetzt. Dem Inhalt nach hängen die angeführten §§ 2. und 3 zusammen mit L. 2 § 8 cit., so wie L. 178 § 1 cit. mit L. 2 § 1. 3. 9 cit. Auch in L. 2 § 3 cit. wird die persecutio von den actiones wörtlich unterschieden. — Übereinstimmend mit dem engeren Sprachgebrauch, welchen Ulpian in L. 178 § 2 cit. bezeichnet, ist eine andere Stelle desselben Juristen, *L.* 49 *eod.*

(g) *L.* 35 § 2 *L.* 39 *pr. de proc.* (3. 3.), worin er die actio entgegengesetzt den Präjudicien, Interdicten, und prätorischen Stipulationen. Eben so *L.* 68 *de R. V.* (6, 1.), wo er die Interdicte den Actionen entgegensetzt.

(h) *L.* 37 *pr. de O. et A.* (44. 7.). Hier sagt er, unter dem Namen actio seyen begriffen die in rem, in personam, directae, utiles, ferner die Präjudicien, Interdicte, und prätorischen Stipulationen. Eben so in *L.* 25 *pr. eod.* und in den weiter unten im § 206. c. angeführten Stellen, worin überall von in rem actiones die Rede ist.

(i) *L.* 34 *de V. S.* (50. 16.). — In *L.* 14 § 2 *de exc. rei jud.* (44. 2.) spricht er von in rem actiones.

(k) Gajus IV. § 1. vgl. IV. § 100. 106. 107.

lesen, so würde es daraus vielleicht klar werden, warum die Verfasser derselben den Ausdruck bald enger, bald weiter gebraucht haben.

Die Definition der actio, die der Jurist Celsus aufstellt (l), und die mit geringer Abänderung in Justinians Institutionen übergegangen ist (m), bestimmt den Ausdruck in der engeren Bedeutung, so daß er blos die persönlichen Klagen bezeichnet. Es würde aber, nach den angeführten Gründen, unrichtig seyn, hieraus schließen zu wollen, daß zur Zeit des Celsus dieser engere Sprachgebrauch ausschließend angewendet worden wäre. Noch irriger jedoch wäre es, die Aufnahme dieser Stelle in die Institutionen so aufzufassen, als wollte dadurch Justinian die engere Bedeutung für die wahre und richtige erklären; dieser Annahme würde schon die unmittelbar nachher folgende, mit Gajus übereinstimmende, Eintheilung (in rem, in personam) widersprechen. Man kann es nicht einmal einen Fehler nennen, daß diese Definition an die Spitze des Institutionentitels gesetzt worden ist, da die außerdem veränderte Bedeutung der darin vorkommenden Worte jedem

(l) *L* 51 *de O. et A.* (44. 7.) „Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi." Das deberi, im strengen Sinn der alten Juristen, bezeichnet die obligatio als Grund der Klage, und schließt also die Klage in rem aus. Judicio aber bezeichnet den Prozeß vor einem Juder, also den Gegensatz der extraordinariae cognitiones.

(m) *pr. J. de act.* (4. 6.) „Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi judicio, quod sibi debetur." Die häufig vorkommende Variante *in* judicio können wir hier auf sich beruhen lassen, da sie den Sinn gar nicht ändert.

an sich möglichen Mißverständniß vorbeugt. Denn judicium heißt im Justinianischen Recht nicht mehr der Prozeß vor einem Juder, sondern jedes Gericht und jeder Rechtsstreit überhaupt; und auch der Ausdruck quod sibi debetur kann in diesem Zusammenhang füglich von Allem, was man zu erwarten und zu verlangen hat, verstanden werden, ohne ausschließende Beziehung auf eine Obligation als Grund des Verlangens.

Bisher ist der verschiedene Sprachgebrauch als bloße Thatsache nachgewiesen worden. Der Grund desselben liegt darin, daß lange Zeit überhaupt keine andere Klagen vorkamen, als in personam, in welcher Zeit auch der Name actio mit diesen identisch seyn mußte. Als späterhin auch eigene Klagen in rem eingeführt wurden, gebrauchte man für diese zuerst den unterscheidenden Namen petitio, bis man es gerathener fand, den Ausdruck actio so auszudehnen, daß beiderley Klagen als Arten unter einen gemeinschaftlichen Gattungsbegriff zusammen gefaßt werden konnten. Dieser historische Zusammenhang kann erst in Verbindung mit der nun folgenden Eintheilung der Klagen nachgewiesen werden.

§. 206.

Arten der Klagen. In personam, in rem.

Die Arten der Klagen, deren genaue Unterscheidung allein im Stande ist, der in dieser Lehre häufig wahrzunehmenden Verworrenheit abzuhelfen, haben eine verschie-

dene Natur, je nach den Eintheilungsgründen, worauf der Gegensatz derselben beruht. Einige beziehen sich auf das innere Wesen der Klagen selbst, das heißt auf ihre Verbindung mit den dadurch zu schützenden Rechten: diese sind nicht nur für das Verständniß der Rechtsquellen, sondern auch für die Einsicht in das heutige Rechtssystem wichtig. Andere beziehen sich auf die Römische Prozeßform, und haben deshalb eine mehr historische Natur; in dem heutigen Rechtssystem haben sie kein lebendiges Daseyn, ohne ihre Kenntniß, sind aber unsre Rechtsquellen nicht zu verstehen, und es ist aus diesem Grunde räthlich, bei mehreren dieser Eintheilungen auch die auf sie bezüglichen Kunstausdrücke fortwährend in Uebung zu erhalten (§ 224). Es darf jedoch dieser Unterschied nicht zu absolut aufgefaßt werden, indem es in der ersten Klasse von Eintheilungen an historischen Beziehungen, in der zweiten an praktischen, nicht gänzlich fehlt, so daß der Unterschied dieser Klassen selbst nur auf dem in jeder derselben überwiegenden Element beruht.

Die wichtigste Eintheilung der Klagen nach ihrem inneren Wesen ist die: in personam, in rem actio. Diese Eintheilung wird in der ausführlichsten Stelle, die wir darüber besitzen, in folgenden Worten vorgetragen (a).

(a) Diese Stelle ist nicht aus den Institutionen des Gajus genommen, wir kennen auch keine andere Stelle eines alten Juristen, woraus sie herstammt. Dennoch würde es ganz irrig seyn, ihre Abfassung deshalb den Compilatoren zuzuschreiben. Daß sie in der That von einem alten Juristen herrührt, ist nach mehreren Ausdrücken un-

§ 1 *I. de actionibus.* (4. 6.)

Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere et aliis quibusdam modis: aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditae actiones in rem sunt, veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

In dieſer merkwürdigen Stelle ſind folgende einzelne Sätze enthalten. Zuerſt wird die Eintheilung für eine allgemeine, alle Klagen umfaſſende (omnium actionum summa divisio) erklärt, ſo daß alſo keine Klage anzunehmen iſt, die nicht entweder der einen oder der andern Art zuzurechnen wäre. Ferner bezeichnen dieſe Ausdrücke gleichmäßig

verkennbar. Denn wie hätten Juſtinians Juriſten darauf kommen ſollen, in einer neu verfaßten Stelle zu ſagen: apud judices arbitrosve, oder die intentio: dare facere oportere, und suam rem esse zu erwähnen, in einer Zeit worin die Obrigkeit keine judices mehr ernannte und alſo auch keine formula mit einer intentio mehr vorkam. Daß ſolche Ausdrücke aus einem alten Juriſten mit abgeſchrieben wurden, erſchien hier den Compilatoren ſo wenig anſtößig, wie in unzähligen anderen Stellen.

generiſche, alſo unter einander gleichartige Begriffe, ſo daß nicht blos ſcheinbar, in Folge einer zufälligen, ungenauen Ausdrucksweiſe, ſondern in der That, von zwei Arten derſelben Gattung die Rede iſt. Endlich wird der Gegenſatz beider Arten dahin beſtimmt: in personam heißt die zum Schutz einer obligatio, in rem die zum Schutz irgend eines anderen, außer den Gränzen der obligationes liegenden, Rechts eingeführte Klage.

Mit dieſer Erklärung ſtimmt nun im Weſentlichen überein die, allerdings viel kürzere, Stelle des Gajus.

Gajus IV § 1. 2. 3. (Si quaeramus) quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam. .... In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare, facere, praestare oportere. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere ...

Auch hier wird die Eintheilung als eine allgemeine vorgetragen, weshalb noch beſonders im § 1 dagegen gewarnt wird, dieſe genera actionum nicht mit einzelnen species zu verwechſeln. Beide Ausdrücke bezeichnen auch hier wahrhaft generiſche Begriffe, eigentliche Eintheilungsglieder, womit noch mehrere andere Stellen des Gajus übereinſtimmen (b). Endlich wird die Gränze beider Arten völlig eben ſo, wie bei Juſtinian, beſtimmt.

(b) Gajus IV § 17. 100. 106. 107.

Ganz auf ähnliche Weise redet Ulpian.

L. 25 *pr. de O. et A.* (44. 7.).

Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur.

Außerdem aber wird dieselbe Eintheilung der Klagen in vielen anderen Stellen des Ulpian und des Paulus als bekannt vorausgesetzt und auf vielfache Weise angewendet (c).

Man könnte glauben, diese Natur der vorgetragenen Eintheilung sei hier mit überflüssiger Sorgfalt zu beweisen gesucht worden, da dieselbe ohnehin nicht bezweifelt werde; es ist aber gerade deshalb geschehen, weil sie neuerlich mit großem Aufwand von Scharfsinn bestritten worden ist (d). Im geraden Widerspruch mit der gewöhnlichen, auch von mir vorgetragenen, Lehre ist nämlich folgende Ansicht aufgestellt worden. Ursprünglich sollen die Ausdrücke in rem, in personam actio zwei ganz heterogene Begriffe bezeichnet haben: in rem eine einzelne Klage (die Eigenthumsklage), die nur auf einige andere einzelne Fälle nach und nach ausgedehnt worden sey: in personam gleich Anfangs eine ganze Klasse von Klagen. Erst Justinian habe den Ausdrücken die Bedeutung von zwey homogenen Klassen der Klagen, Eintheilungsgliedern des allgemeinen Begriffs der Klage, untergelegt, und so sey die ganze Eintheilung eigentlich erst als sein Werk anzusehen.

(c) Ulpian: *L.* 68 *de R. V.* (6. 1.), *L.* 6 § 5 *de aqua pluv.* (39. 3), *L.* 37 *pr. de O. et A.* (44. 7), *L.* 36 *de V. S.* (50. 16.). — Paulus: *L.* 14 § 2 *de except. rei jud.* (44. 2.).

(d) Duroi Bemerkungen S. 407. 409. 412. 423.

— Diese Behauptung wird widerlegt durch den eben geführten Beweis, daß die entscheidende Stelle der Institutionen aus einem alten Juristen herrührt (Note a), und daß Gajus, Ulpian und Paulus die Begriffe ganz auf dieselbe Weise auffassen, wie es in Justinians Institutionen geschieht. Erst weiter unten aber wird es möglich seyn, das wahre Element in dieser irrigen Meynung nachzuweisen, und dadurch den beygemischten Irrthum vollständiger zur Anschauung zu bringen.

Als gleichbedeutender Ausdruck für in rem actio kommt vindicatio vor, bey Gajus, Ulpian, Justinian (e). Für in personam actio bey Ulpian und Justinian condictio (f), bey Ulpian personalis actio (g).

Beide Begriffe sind nun noch genauer auf folgende Weise zu bestimmen. Es kommt darauf an, ob vor dem vollständig eingeleiteten Rechtsstreit (vor der Litiscontestation) eine eigentliche Obligation wahrgenommen wird oder nicht; im ersten Fall ist die Klage in personam, im zweyten in rem. Das Daseyn oder Nichtdaseyn einer Obligation vor der Verletzung ist also nicht das streng unterscheidende Moment. So ist zwar bey den Contracts-

(e) Gajus IV § 5, *L.* 25 *pr. de O. et A.* (14. 7.), § 15 *J. de act.* (4. 6.).

(f) *L.* 25 *pr. de O. et A.* (44. 7.), § 15 *J. de act.* (4. 6.). Daß Gajus condictio mit in personam actio nicht gleichbedeutend nimmt, sondern jenem Ausdruck eine weit engere Bedeutung beylegt, kann erst weiter unten gezeigt werden. Vgl. Beylage XIV. Num. XXV.

(g) *L.* 3 § 3 *ad exhib.* (10. 4), *L.* 6 § 5 *de aqua pluv.* (39. 3), *L.* 178 § 2 *de V. S.* (50. 16.) — Realis dagegen kommt nirgend vor, weder bey Juristen, noch bey anderen alten Schriftstellern.

klagen eine Obligation nicht nur vor der Litiscontestation, sondern selbst vor der Verletzung, vorhanden, dagegen bey den Delictsklagen vor der Verletzung noch nicht, weil hier die Verletzung mit der Entstehung der Obligation zusammenfällt: und doch sind diese beide Arten von Klagen personales. Bey dem Eigenthum dagegen erzeugt die bloße Verletzung an sich schon ein obligationähnliches Verhältniß, aber keine wahre, eigentliche Obligation (§ 205), welche vielmehr erst durch die Litiscontestation entsteht: daher ist die Eigenthumsklage in rem.

§. 207.

Arten der Klagen. In personam, in rem. (Fortsetzung.)

Um aber die umfassende Natur jener Eintheilung gegen jeden Widerspruch sicher zu stellen, ist es nöthig, dieselbe auf die einzelnen Klassen von Rechten anzuwenden, indem die Klagen selbst bereits als Modificationen der ihnen zum Grund liegenden Rechte dargestellt worden sind.

Bey den Klagen in personam macht diese Anwendung am Wenigsten Schwierigkeit. Niemand zweifelt, daß darunter alle Klagen zum Schutz der Obligationen, und nur diese, zu verstehen sind.

Demnach müssen die Klagen in rem, wenn überhaupt die Eintheilung erschöpfend seyn soll, angewendet werden zum Schutz der Verhältnisse des Sachenrechts, Erbrechts, Familienrechts (a).

(a) Ich sage: des Familienrechts. Die Römer sprechen von

Die Anwendung auf das Sachenrecht, also auf Eigenthum und jura in re, erregt kein Bedenken; gerade von solchen Fällen sind in den oben angeführten Stellen der Institutionen und des Gajus die Beyspiele der in rem actiones hergenommen. Diese Klagen werden auch als *speciales* in rem actiones bezeichnet.

Auch die Anwendung auf die Erbrechtsklage läßt keinem Zweifel Raum, da dieselbe ausdrücklich als in rem actio bezeichnet wird (b).

Dagegen wird den Klagen aus dem Familienrecht die Eigenschaft von in rem actiones streitig gemacht, und wenn sie ihnen wirklich nicht zukäme, so würden wir genöthigt seyn, die ganze Eintheilung für eine nicht völlig erschöpfende zu halten.

Zwar nach der herrschenden Meynung sind auch die

quaestio de statu, und verstehen darunter zwey mögliche Arten eines Rechtsstreits: 1) über den staatsrechtlichen Status, Freyheit und Ingenuität 2) über den privatrechtlichen, das heißt die Familie. Da wir aber im heutigen Recht jenen ersten nicht kennen, so ist für uns, das heißt in dem Theil des R. R. den wir noch übrig haben, die status quaestio mit dem Streit über Familienverhältnisse völlig identisch, welches ich zur Rechtfertigung der in diesem §. angewendeten Terminologie bemerke. Vgl. Band 2. Beyl. VI. Num. VI. und IX.

(b) *L.* 27 § 3 *de R. V.* (6. 1) „ . . in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est“ . . . *L.* 25 § 18 *de her. pet.* (5. 3) „Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit“ . . . *L.* 49 *eod.* — Der einzige Zweifel könnte hergenommen werden aus der beschränkten Natur des Beklagten. Davon wird noch weiter die Rede seyn. — Übrigens bezieht sich dieses nur auf die Klage aus dem Erbrecht selbst; die daraus entspringenden secundären Rechtsverhältnisse, wie Legate u. s. w., lassen sich stets auf dingliche Rechte und Obligationen zurück führen, und werden durch die Klagen dieser Rechtsverhältnisse geschützt. — Vgl. auch Beylage XIII. Num. IX.

Klagen aus Familienverhältnissen in rem, und diese Meynung wurde früherhin durch folgende Stelle als völlig begründet angesehen.

§. 13. *J. de act.* (4. 6.)

Praejudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu agnoscendo.

Praejudicialis actio, sagte man, heißt, nach dem Zeugniß dieser Stelle selbst, jede Klage über den Status, wohin unter andern auch alle Klagen aus dem Familienrecht gehören. Diese alle nun sind, wie dieselbe Stelle ausdrücklich sagt, in rem. — Was dagegen früher eingewendet wurde, daß nicht gesagt werde sunt, sondern esse videntur, daß es also nur so scheine, daß den Präjudicialklagen nur einige Ähnlichkeit mit in rem actiones hier zugeschrieben werde (c) — diese Einwendung war ohne Grund, da der Ausdruck videtur regelmäßig nicht blos auf Schein oder Ähnlichkeit, sondern auf positive Wirklichkeit geht (d). — Wichtiger ist allerdings der Umstand, daß die ursprüngliche Bedeutung von praejudicium gar nicht auf den Gegenstand der Klage, sondern auf ihre prozessualische Fassung zu beziehen ist: es war eine formula mit bloßer intentio, ohne condemnatio, oft also eine blos provisorische Maaßregel, um vorläufig das Daseyn eines Rechtsverhältnisses festzustellen, von welchem man

(c) Duroi observ. p. 21.
(d) Vgl. die Stellen bei Dirksen manuale latinitatis p. 1000.

in einem späteren Rechtsstreit Gebrauch machen wollte (e). Diese Prozeßform wurde nun allerdings in allen Prozessen über den Status angewendet, aber auch in manchen anderen Prozessen, und namentlich in solchen, deren Gegenstand Obligationen waren (f). Aus dieser Entdeckung hat man nun neuerlich schließen wollen, die angeführte Stelle der Institutionen sey eine Erfindung der Juristen Justinians, und dem Römischen Recht eigentlich fremd (g); beide Stücke dieser Behauptung aber können nicht zugegeben werden. Zuvörderst nämlich ist es im Sinn des Justinianischen Rechts völlig richtig zu sagen, Präjudicialklagen sind Klagen aus dem Status, da von den übrigen Präjudicialklagen des älteren Rechts (quanta dos sit, an praedictum sit u. s. w.) keine einzige mehr vorkommt (h); wenigstens im Sinn des Justinianischen Rechts also wäre die gewöhnliche Erklärung jener Stelle der In-

(e) Dieses sagt schon Theophilus in § 13 J. de act., allein es war eine unfruchtbare Notiz, solange wir die Bestandtheile der formula und deren Zusammenhang nicht kannten. Bey Gajus IV. § 44. 48 findet sich nun nicht nur eine vollgültigere Bestätigung, sondern es ist vorzüglich die Bedeutung jener Eigenthümlichkeit mancher Klagen erst klar geworden.

(f) Gajus III. § 123. IV. § 44. Paulus V. 9. § 1. *L.* 30 *de reb. auct. jud.* (42. 5.). — Nicht dahin gehört Gajus IV. § 94, denn diese sponsio hatte allerdings eine condemnatio, die aber nur eine bloße Formalität war „nec tamen haec summa sponsionis *exigitur*." Es war also kein praejudicium, kam aber im Zweck und Erfolg mit einem solchen überein, und daher nennt es Gajus eine sponsio praejudicialis.

(g) Düroi Bemerkungen S. 406 —410, besonders S. 409.

(h) Daß einmal in den Digesten ein solcher Fall genannt wird, (Note f), muß als eine blos antiquarische Notiz betrachtet werden; denn Niemand wird behaupten, daß in unsrem Recht ein solcher Fall anders als jeder gewöhnliche Rechtsstreit behandelt werden dürfe.

stitutionen richtig, und zugleich die Stelle selbst tadellos: sie enthielte nicht eine Entstellung des älteren Rechts, sondern eine angemessene Reduction desselben auf den im Allgemeinen veränderten Rechtszustand. Ich gehe aber noch weiter, und behaupte, daß selbst im Sinn des älteren Rechts alle Präjudicien ohne Unterschied in rem genannt werden konnten. In dieser Allgemeinheit läßt sich der Satz erst weiter unten beweisen (§. 209); allein in der besonderen Anwendung auf die den Status betreffenden Präjudicien, auf welche allein es hier ankommt, fehlt es nicht an unmittelbaren Zeugnissen, die schon hier meine Behauptung außer Zweifel setzen. Der Streit über Freyheit wurde durch *vindicatio* in libertatem oder in servitutem geführt. Auf dem bloßen Schein einer solchen in libertatem vindicatio beruhte die ganze Freylassung per vindictam (i). Eben so konnte die legitima tutela über Frauen durch in jure cessio übertragen werden (k); da nun die in jure cessio überhaupt eine symbolische Vindication war (l), so ist dadurch die Vindicationsform auch für jene Art der Tutel erwiesen. Ja selbst der Rechtsstreit über das Daseyn einer väterlichen Gewalt konnte in der feyerlichen Form einer vindicatio ex jure quiritium geführt werden (m). Und eben so beruhte die feyerliche

(i) Livius XLI. 9.
(k) Gajus I. § 168. Ulpian. XI. § 6—8. XIX. § 11.
(l) Gajus II. § 24. Ulpian. XIX. § 9. 10.
(m) *L.* 1 § 2 *de R. V.* (6. 1.). Ich verstehe die schwierige Stelle so, daß bey dem Streit über Paternität das praejudicium, welches nach meiner Ansicht stets in rem war, in verschiedenen Formen gebraucht werden konnte, ähnlich

Form der Adoption unter andern auf einer in jure cessio, wobey der Adoptivvater die väterliche Gewalt als schon vorhanden durch Vindication in Anspruch nahm (n).

Sind nun, wie hier dargethan worden ist, in rem alle Klagen aus dem Sachenrecht, Erbrecht, Familienrecht, so ist der früher sehr verbreitete Sprachgebrauch zu verwerfen, welcher jene Benennung auf die Klagen aus dem Sachenrecht beschränkt, durch welche Beschränkung wiederum die ganze Eintheilung aufhören würde, eine allgemeine, alle Klagen umfassende, zu seyn. Jener irrige Sprachgebrauch wurde begünstigt durch eine täuschende Übereinstimmung von Kunstausdrücken, die man aber freylich theilweise erst selbst geschaffen hatte, unbekümmert um den aus den Rechtsquellen zu erweisenden Sprachgebrauch.

den verschiedenen Formen der Eigenthumsklage (Gajus IV. § 91—95.). Wählte man die feyerlichere Form einer vindicatio ex jure quiritium, so erhielt dann die Klage eine wörtliche Gleichheit mit der Eigenthumsklage, und darauf geht der Ausdruck: „per hanc autem actionem liberae personae ... non petuntur ... *nisi forte* .. adjecta causa quis vindicet." Diese feyerlichere Form wurde vielleicht angewendet, wenn man es vorzog, vor den Centumvirn zu klagen. Doch wäre es auch möglich, daß die hier erwähnte vindicatio des Sohnes nicht von der feyerlicheren Form des ernstlichen Rechtsstreits, sondern vielmehr von der symbolischen Anwendung desselben bey der Adoption (Note n) verstanden werden sollte. Uebrigens ist es wahrscheinlich, daß diese Stelle hauptsächlich durch Interpolationen und Weglassungen so schwierig ist; aber die vindicatio ex lege quiritium ist gewiß nicht von den Compilatoren erfunden, wiewohl sie lege anstatt jure gesetzt haben mögen, so wie vorher jure Romano anstatt jure quiritium, vielleicht nur in der Absicht, um das Andenken an die proscribirte Formel ex jure quiritium überall auszutilgen.

(n) Gajus I. § 134 „is qui adoptat vindicat apud Praetorem filium suum esse."

Man nannte nämlich das Sachenrecht (als Theil der Rechtswissenschaft) jus in rem, und belegte zugleich jedes einzelne dingliche Recht mit demselben Namen. Eben so nannte man das Obligationenrecht im Ganzen, desgleichen jede einzelne Forderung, jus in personam. Indem man nun diese erfundenen Kunstausdrücke mit den quellenmäßigen willkührlich in Verbindung setzte, lag es allerdings sehr nahe, den ganzen Zusammenhang so zu fassen: dem jus in rem entspricht die actio in rem, dem jus in personam die actio in personam. Es zeigt sich also auch hier die mit der willkührlichen Wortbildung verknüpfte Gefahr recht augenscheinlich (o).

§. 208.

Arten der Klagen. In personam, in rem. (Fortsetzung.)

Mit der hier erklärten Eintheilung der Klagen, so wie mit der Bezeichnung derselben, steht in der Regel auch noch der Umstand in Verbindung, daß die persönliche Klage nur gegen einen bestimmten und bekannten Gegner, die Klage in rem gegen einen unbestimmten, unbekannten gerichtet ist. (§ 56. f.). Der Sinn dieser Unterscheidung aber

(o) Vgl. Band 1. S. XLIII. der Vorrede. — Aus den hier angegebenen Gründen ist es denn auch räthlich, den von Manchen gebrauchten Ausdruck dingliche Klage (für in rem actio) zu vermeiden, da er sehr natürlich dahin führt, einer so bezeichneten Klage denselben beschränkten Umfang wie den dinglichen Rechten (Eigenthum und jura in re) anzuweisen. Der Ausdruck persönliche Klage ist tadellos, da er dem Römischen Namen personalis actio vollkommen entspricht, und in der Sache keinem Misverständniß Raum giebt.

geht dahin, daß bey der ersten Klasse von Klagen schon vor der Verletzung die Person des allein möglichen Verletzers und Beklagten, nämlich des Schuldners, bestimmt und bekannt ist, anstatt daß bey den Klagen in rem ursprünglich jeder Mensch der Verletzung, die eine solche Klage veranlassen kann, fähig ist, so daß diese Unbestimmtheit in der Person des Beklagten erst durch die wirklich eingetretene Verletzung aufgehoben wird. Auch in anderen Anwendungen, als bey den Klagen, werden die Ausdrücke in personam und in rem gebraucht, um die Richtung eines Rechtsgeschäfts oder einer Rede auf eine bestimmte Person auszudrücken oder zu verneinen (a).

Allein das Zusammentreffen dieses Gegensatzes mit dem der beiden Arten von Klagen ist keinesweges allgemein, und es darf davon nur mit Vorsicht Anwendung gemacht werden. So giebt es auf der einen Seite mehrere persönliche Klagen, die dennoch gegen einen unbestimmten Gegner, namentlich gegen jeden Besitzer einer Sache, ge-

(a) Pactum in rem. *L.* 7 § 8 *L.* 57 § 1 *de pactis* (2. 14.). — Nunciatio in rem fit. *L.* 10 *de O. n. n.* (39. 1.). — Praetor in rem loquitur, edictum in rem scriptum est. *L.* 9 § 1 *quod metus* (4. 2), *L.* 5 § 3 *quibus ex causis* (42. 4.). Der Ausdruck in rem bezeichnet also das Unpersönliche. — So kann man auch von einer *intentio* in rem oder in personam concepta sprechen, je nachdem darin die Person des Gegners ausgedrückt ist oder nicht; man muß dann sagen, jede in rem actio habe eine in rem concepta intentio, aber eine in personam actio könne nach Umständen bald in personam, bald in rem concepta intentio haben. Jedoch gilt Dieses nur von den prätorischen Klagen. *L.* 1 § 3 *de interd.* (43. 1), *L.* 5 § 13 *quod vi* (43. 24.). Bey den Civilklagen war die Natur der Klage stets aus der Fassung der Formel unmittelbar zu erkennen. Vgl. unten § 216. w.

richtet werden können, ganz wie es in der Regel nur bey den in rem actiones der Fall ist. Dahin gehört die aus einem erzwungenen Rechtsgeschäft entspringende Forderung des Gezwungenen auf Herstellung seines früheren Zustandes; sowohl die Klage, als die Exception zu diesem Zweck wirkt gegen jeden Besitzer, und es wird zuweilen diese Eigenthümlichkeit durch den Ausdruck actio und exceptio *in rem scripta* bezeichnet (b), welches der oben erwähnten Ausdrucksweise ganz entspricht (Note a); dennoch ist die Klage selbst durchaus in personam (c). — Eine gleiche Natur hat die actio ad exhibendum, anwendbar gegen Jeden, der zufällig in der Lage ist, die Sache exhibiren zu können, obgleich auch sie ausdrücklich als persönliche Klage bezeichnet wird (d). — Eben so ist die actio aquae pluviae persönlich, und geht dennoch (mit einiger Beschränkung) gegen jeden Besitzer; auf dieselbe Weise auch das Interdict quod vi (e). — Die Noxalklagen entspringen aus Delicten, also aus Obligationen, und können dennoch gegen Jeden angestellt werden, der irgend einmal das

(b) *L.* 9 § 8 *quod metus* (4. 2), *L.* 4 § 33 *de doli exc.* (44. 2.). Es ist nicht richtig, den Ausdruck in rem scripta actio als eigentlichen, durchgehenden Kunstausdruck zu betrachten. Vgl. Düroi Bemerkungen S. 410–412.

(c) Wenn es der Beschädigte bedarf, so kann er durch prätorische Restitution auch das verlorne Eigenthum unmittelbar wieder erhalten, also eine wahre in rem actio; diese wird aber von der außerdem geltenden actio quod metus genau unterschieden, wodurch eben die persönliche Natur dieser lezten ganz außer Zweifel gesezt wird. *L.* 9 § 4. 6 *quod metus* (4. 2), *L.* 3 *C. eod.* (2. 20.).

(d) *L.* 3 § 3. 15 *ad exhib.* (10. 4.).

(e) *L.* 6 § 5 *L.* 12 *de aqua pluv.* (39 3.) — *L.* 5 § 13 *L.* 7 *pr.* § 1 *quod vi* (43. 24.).

Eigenthum des Sklaven erwirbt, nach der Regel: noxa caput sequitur (f). Eben ſo auch die Klage aus den von Thieren zugefügten Beſchädigungen (g). — Das Interdict quod legatorum iſt perſönlich, wie alle Interdicte, und geht dennoch gegen jeden Beſitzer der Sache, die der Legatar eigenmächtig in Beſitz genommen hat (h). — Auch die Klage auf Steuerreſte geht gegen jeden ſpäteren Beſitzer des ſteuerpflichtigen Grundſtücks (i).

Auf der andern Seite aber giebt es auch einige in rem actiones, die nur gegen beſtimmte, einzelne Perſonen angeſtellt werden können. Dahin gehört vor Allem die hereditatis petitio, die nicht ſo, wie die Eigenthumsklage, gegen jeden Beſitzer, ſondern nur gegen Denjenigen angeſtellt werden kann, der entweder pro herede oder pro possessore beſitzt (k). — Wenn ein inſolventer Schuldner ſeine Gläubiger durch unredliche Veräußerungen in Nachtheil bringt, ſo geht gegen den Erwerber der ſo veräußerten Sachen die Pauliana actio nur dann, wenn er entweder an jener Unredlichkeit Antheil genommen, oder durch Schenkung erworben hat (l). Dieſe Klage iſt perſönlich (m), ſie kann aber nach Bedürfniß, eben ſo wie die aus dem Zwang entſpringende Klage (Note c), durch

(f) § 5 *J. de noxal. act.* (4. 8.).
(g) *L.* 1 § 12 *si quadr.* (9. 1.).
(h) *L.* 1 § 13 *quod leg.* (43. 3), verglichen mit *L.* 1 § 3 *de interd.* (43. 1.).
(i) *L.* 7 *pr. de publicanis* (39. 4.).
(k) *L.* 9. 10. 11 *de her. pet.* (5. 3.).
(l) *L.* 6 § 8. 11 *L.* 10 *pr.* § 2 *quae in fraud.* (42. 8.).
(m) *L.* 38 *pr.* § 4 *de usuris* (22. 1.).

Restitution zu einer in rem actio erhoben werden (n). Da sie jedoch auch in diesem Fall nur gegen die erwähnten bestimmten Personen angestellt werden kann, so ist auch darin eine auf einen individuellen Beklagten eingeschränkte Klage in rem enthalten (o). — Die Ehefrau hat auf Rückforderung der Dos, nach Justinians Vorschrift, eine Vindication, welche jedoch, der richtigeren Meynung nach, nur gegen den Mann selbst, nicht gegen einen dritten Erwerber angestellt werden kann (p).

Es ist indessen nicht zu verkennen, daß sowohl die Beziehung der persönlichen Klagen auf unbestimmte, als die

(n) *L.* 10 § 22 *quae in fraud.* (42. 8.). Hieraus ist zu erklären der § 6 *J. de act.* (4. 6), durch dessen zu allgemeinen Ausdruck man verleitet werden könnte, die Pauliana in allen Fällen für eine Klage in rem zu halten, und wohl gar die Beschränkung in der Person des Beklagten zu negiren, im Widerspruch mit den in den Noten l und m angeführten Stellen. Die Einschränkung der Stelle auf den besonderen Fall einer Restitution wird außerdem gerechtfertigt theils durch die Worte rescissa traditione, theils durch den Rückblick auf den unmittelbar vorhergehenden § 5, der gleichfalls eine auf Restitution gegründete in rem actio erwähnt, und dabey auch den Ausdruck rescissa usucapione gebraucht. Vgl. Vinnius ad § 6 cit., ibique Heineccius. Das Interesse des Klägers bey der in rem actio, in Vergleichung mit der in personam, kann darin bestehen, daß der Erwerber, der durch seinen Dolus oder durch den Schenkungstitel der Pauliana unterworfen ist, selbst wieder in Concurs gerathen seyn kann, in welchem Fall vielleicht die persönliche Klage gegen ihn fruchtlos seyn würde.

(o) Man könnte eine Klage solcher Art: in rem actio in personam scripta nennen, was ich jedoch nicht sage, um diesen nicht quellenmäßigen, auch ganz entbehrlichen, Ausdruck zu empfehlen, sondern nur um den Zusammenhang dieser Art von Klagen mit der vorher erwähnten Art (der personalis in rem scripta) anschaulicher zu machen.

(p) *L.* 30 *C. de j. dot.* (5. 12) „Si tamen exstant." Die genauere Ausführung dieses Satzes gehört an einen anderen Ort.

Beſchränkung der Klagen in rem auf beſtimmte Gegner, nur als Ausnahmen zu betrachten ſind. Wo alſo bey einzelnen Klagen der Grund einer ſolchen Ausnahme nicht beſonders nachgewieſen werden kann, da bleibt es bey der Regel, nach welcher die Klagen gegen beſtimmte oder unbeſtimmte Gegner angeſtellt werden können, je nachdem ſie in personam oder in rem ſind.

§. 209.

Arten der Klagen. In personam, in rem. (Fortſetzung.)

Die umfaſſende Eintheilung der Klagen, in personam und in rem, iſt bis jetzt nicht nur für das Juſtinianiſche Recht nachgewieſen, ſondern auch bis auf die Zeit des Gajus zurückgeführt worden. Es iſt aber nöthig, in eine noch frühere Zeit hinauf zu gehen, und die allmälige Entwicklung dieſer Begriffe darzulegen, um die irrige Auffaſſung dieſes Gegenſtandes, die in einzelnen Anwendungen ſchon oben erwähnt worden iſt (§ 207), vollſtändig zu beſeitigen.

Während der Herrſchaft der alten Legis actiones war der Unterſchied jener beiden Arten der Klagen völlig anerkannt und durch beſondere Prozeßformen ausgedrückt. Jede in rem actio wurde nämlich mit einem ſymboliſchen Verfahren, den manus consertae, eröffnet, auf welches dann die Ernennung eines Juder und das Verfahren vor demſelben folgte. Die in personam actio fieng gleich mit der Ernennung des Juder an, und beſtand alſo aus dem-

jenigen Verfahren allein, welches bey der in rem actio die zweyte Hälfte des Ganzen bildete (a). Man kann daher sagen, daß damals die Klagen mit und ohne manus consertae genau dasselbe waren, was späterhin in rem und in personam actiones genannt wurde.

Diese Prozeßform erhielt sich in den Centumviralsachen bis in die Zeit der ausgebildeten Rechtswissenschaft; für alle übrige Prozesse wurde sie durch einige Volksschlüsse aufgehoben, so daß nun der Prozeß per formulas an ihre Stelle trat (§ 205. b.). Es scheint, daß in diesem zuerst gar keine Klagen in rem vorkamen, indem man jedem Streit, der dazu hätte führen müssen, durch erzwungene Sponsionen den Character einer Contractsklage beylegte. Das praktische Bedürfniß scheint aber zuerst bey dem Eigenthum darauf geführt zu haben, daß man dem Kläger die Wahl ließ, ob er diesen umständlicheren Sponsionenprozeß führen, oder in einfacherer Weise gleich unmittelbar auf die Anerkennung des Eigenthums klagen wollte. Dieses geschah durch die petitoria formula (die in Justinians Rechtsbüchern gewöhnlich rei vindicatio heißt) mit der intentio: rem suam esse, mit oder ohne ex jure quiritium. Diesen Zustand der Sache stellt uns sehr deutlich

(a) Gajus IV. § 16. 17. In den verstümmelten vorhergehenden Sätzen hatte er von der Behandlung der in personam actio gesprochen, dann fährt er hier so fort: „Si *in rem* agebatur, mobilia quidem et moventia .. in jure vindicabantur ad hunc modum (nun folgt die Beschreibung der manus consertae) .. deinde sequebantur quaecunque (si) *in personam* ageretur" ...

Gajus dar (b), er war aber entſchieden ſchon zur Zeit des Cicero vorhanden, welcher ein Beyſpiel dieſer petitoria formula, ganz mit Gajus übereinſtimmend, anführt (c). Dadurch war eine einzelne in rem actio in den Formularprozeß eingeführt, ſo daß man damals ſagen konnte, in rem actio ſey der individuelle Name der Eigenthumsklage, in personam actio die generiſche Bezeichnung aller übrigen Klagen überhaupt. Der in dieſer Zeit ſo gebildete Sprachgebrauch hat ſich, wie es zu geſchehen pflegt, theilweiſe noch in ſpäterer Zeit erhalten, ſo daß nicht ſelten in rem actio als individueller Name von ſolchen Schriftſtellern gebraucht wird (d), die außerdem den Ausdruck als Be-

(b) Gajus IV. § 91—95. Es gab zweyerley Eigenthumsklagen per formulas, und außerdem noch die Sacramenti legis actio vor den Centumvirn.

(c) Cicero in Verrem II. 12 *„L. Octavius judex esto: Si paret, fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur:* non necesse erit L. Octavio judici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum quem non oporteat?" Offenbar wählt hier Cicero eine hergebrachte, allgemein anerkannte Klagformel, und was er daran als ſchreyende Ungerechtigkeit hervorhebt, beſteht nur darin, daß nach dieſer Faſſung die Reſtitution des Grundſtücks an eine andere Perſon, als den vorher bezeichneten Eigenthümer geſchehen müßte.

(d) So geſchieht es von Gajus (IV. 51. 91. 86. 87), Ulpian (*L.* 1 § 1 *de R. V.* 6. 1), Paulus (*L.* 23 *pr. eod.*). Eben ſo in vielen Stellen des tit. Dig. de R. V. (6. 1.). — Dagegen darf nicht hieraus erklärt werden *L.* 25 *pr. de O. et A.* (44. 7) „In rem actio est per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus." Denn da dieſe Worte unmittelbar hinter der Eintheilung der actiones in duo genera ſtehen (ſ. o. § 206), ſo iſt offenbar jener Satz nicht Definition der in rem actio, ſondern nur erläuterndes Beyſpiel für den aufgeſtellten generiſchen Begriff. Auch würde ja ſonſt in dieſen Worten Ulpian ſelbſt der confeſſoria den Character einer in rem actio abſprechen.

zeichnung einer ganzen Klasse von Klagen, gegenüberstehend der Klasse der in personam actiones, kennen und gebrauchen (§ 206). Dasselbe Bedürfniß aber führte dahin, die petitoria formula auch auf Rechte außer dem Eigenthum anzuwenden, bey welchen man sich bis dahin mit den umständlicheren Sponsionen behelfen mochte, und dadurch zuerst wurde der Ausdruck in rem actio zu einer generischen Bezeichnung, gleichartig dem Ausdruck in personam actio; erst seit dieser Zeit konnte man sagen, wie es Gajus ausdrücklich thut: duo *genera* esse actionum, in rem et in personam (§ 206). So ist die Klage, die wir confessoria nennen, in der That Nichts als die petitoria formula für die Servituten, so wie unsere hereditatis petitio die petitoria formula für das Erbrecht. Für diese lezte können wir zufällig nachweisen, daß sie später als die bey dem Eigenthum anerkannt worden ist, denn Cicero, der die petitoria formula für das Eigenthum wohl kennt (Note c), sagt bey dem Erbrecht ausdrücklich, es gebe dafür nur zwey Klagformen, vor den Centumviri, und durch Sponsion (e). — Diese Ausdehnung der neuen Klagform geschah nicht plözlich, sondern allmälig und schrittweise, bald

(e) Cicero in Verrem I. 45 „Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod cum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut, pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, ita de hereditate certaret." Hier sind also von den drey Klagformen, die Gajus für das Eigenthum aufstellt (Note b), nur zwey für das streitige Erbrecht als möglich angegeben, da doch bey dem Eigenthum derselbe Cicero (Note c) auch die dritte, die petitoria formula, als gültig voraussezt.

für diese bald für jene einzelne Klage. Als Vermittlung diente dabey der unbehülfliche, an sich ganz entbehrliche, Ausdruck res incorporalis (f); denn indem man die Servituten und Erbschaften als solche res incorporales bezeichnete, fand man kein Bedenken, darauf dieselbe vindicatio anzuwenden, die bey der res corporalis bereits anerkannt war: die Ausdrücke in der Formel konnten dieselben bleiben, da die Servituten und das Erbrecht eben sowohl dem alten, strengen Civilrecht angehörten, als das Eigenthum (g). In anderen Fällen wurde die Vermittlung durch eine utilis actio, das heißt durch die in der Formel selbst ausgedrückte Fiction des Eigenthums, bewirkt (h). Als aber die Klagen solcher Art, in Folge anerkannter praktischer Bedürfnisse, immer zahlreicher und mannichfaltiger wurden, gab man zulezt diesen mühsamen und umständlichen Versuch, die individuelle Eigenthumsklage auf andere individuelle Fälle durch Mittelbegriffe anzuwenden, auf, und so entstand unvermerkt der generische Begriff der in rem actiones, dem alten gleichfalls ge-

(f) Ich sage nicht, daß dieser Ausdruck zu dem erwähnten Zweck erfunden worden ist; das kann schon deswegen nicht angenommen werden, weil dieser Ausdruck auch die Obligationen umfaßt, also über die Anwendung auf die Vindication unkörperlicher Sachen weit hinaus reicht. — Die Kritik des Begriffs der unkörperlichen Sachen gehört übrigens nicht hierher, wird aber im vierten Buch angestellt werden.

(g) Bey dem Eigenthum hieß die intentio: rem suam esse (Gajus IV. § 92), zum Beyspiel fundum Servilii esse (Note c); hier hieß es: jus nostrum esse (Gajus IV. § 3), oder hereditatem nostram esse.

(h) So z. B. die Formel der Publicianischen Klage. Gajus IV. § 36.

nerischen Begriff der in personam actiones völlig coordinirt. Nicht nur können wir aus Mangel an Nachrichten die Geschichte dieser Entwicklung der Begriffe nicht genau verfolgen, sondern es ist auch zuverlässig niemals eine sichtbare Veränderung mit scharfer Zeitgränze eingetreten, vielmehr wird die ältere Weise der Auffassung und des Ausdrucks neben der neueren noch geraume Zeit fortgedauert haben. Da aber die ältere, verwickeltere Auffassung mit der wörtlichen Fassung der formulae zusammenhieng, so mußte die Abschaffung des Formularprozesses dazu beytragen, Dasjenige zu vertilgen, was davon damals etwa noch in lebendiger Uebung erhalten seyn mochte.

Wir finden die neuere Art der Auffassung und des Ausdrucks am vollständigsten ausgebildet in der oben mitgetheilten Stelle der Institutionen Justinians (§ 206); diese aber kann unverändert aus einem alten Juristen (vielleicht aus den res quotidianae des Gajus) genommen seyn, wenigstens haben wir durchaus keinen Grund, diese Annahme zu verneinen. Selbst aber wenn sie in ihrer gegenwärtigen Fassung von Justinians Juristen herrührte, würde es ganz einseitig seyn, ihren Inhalt in Vergleichung mit älteren Stellen herab zu setzen: eben so einseitig aber wenn derjenige welcher ihren Inhalt vorzüglicher fände, deshalb (im Widerspruch mit aller Analogie) die Einsicht ihres Urhebers höher stellen wollte, als die Einsicht Ulpians und seiner Zeitgenossen. Denn es stehen hier nicht etwa individuelle Einsichten und Meynungen einander gegenüber,

und wenn wir in der That einem Ausſpruch aus Juſtinians Zeit den Vorzug geben müßten, ſo wäre dieſer Fortſchritt nicht aus einer höheren geiſtigen Bildung des Verfaſſers zu erklären, ſondern nur aus der dieſen Rechtsverhältniſſen ſelbſt inwohnenden fortbildenden Kraft, deren natürliches Erzeugniß in jenem neueren Ausſpruch nur ſeinen einfachen, unverkünſtelten Ausdruck gefunden hätte.

Ich habe dieſe ausführliche Erörterung nöthig gefunden mit Rückſicht auf die abweichende Anſicht eines neueren Schriftſtellers, welche durch den darauf verwendeten Scharfſinn, und durch einen Schein kritiſcher Herſtellung der reinen Römiſchen Begriffe leicht täuſchen könnte (i). Derſelbe nimmt gleiche hiſtoriſche Grundlagen an, wie die hier aufgeſtellten; den Zuſtand des Uebergangs der Prozeßformen, und der Nothhülfe für praktiſche Bedürfniſſe in einzelnen Fällen, fixirt er als höchſte, unabänderliche Vollendung des Römiſchen Klagenrechts; den einfachſten und befriedigendſten Ausdruck, den wir in Juſtinians Inſtitutionen finden, behandelt er als eine willkührliche Corruption des wahren Römiſchen Rechts, welche wir eigentlich zu ignoriren hätten. Selbſt als blos hiſtoriſche Darſtellung des Klagenrechts müßte ich dieſe Anſicht für einſeitig und unwahr erklären; völlig verwerflich aber iſt der praktiſche Gebrauch, der davon gemacht wird. Die zur Zeit der alten Juriſten verſuchten individuellen Ausdehnungen der

(i) Duroi observ. p. 32—35 p. 49—62. Düroi Bemerkungen, beſonders S. 253. 261. 280. 412. fg.

Eigenthumsklage werden hier auf bestimmte Klassen zurückgeführt, und deren sehr zufällige historische Eigenthümlichkeit wird hier mit einer so unzerstörbaren Lebenskraft versehen, daß selbst germanische Rechtsinstitute nach diesem Typus behandelt werden sollen. So soll das Princip der Römischen Vindication unkörperlicher Sachen auf die germanischen Reallasten, das Princip der utilis vindicatio auf die Lehen und Bauergüter angewendet werden) k). Es ist mir kein Beyspiel eines ähnlichen Misbrauchs rechtsgeschichtlicher Untersuchungen bey der Beurtheilung heutiger Lebensverhältnisse bekannt.

Zum Schluß dieser Lehre sind nun noch die denkbaren Übergänge der einen der beiden Klagarten in die andere zu erwähnen. Bei den meisten Klagen in rem kommen, neben dem Hauptgegenstand des Rechtsstreits, auch noch Nebenpunkte zur Sprache, welche auf Obligationen beruhen; so z. B. Ersatz für verzehrte Früchte, für Be-

(k) Düroi Bemerkungen S. 292—295. 386 fg. 418. — Nicht blos in Anwendung auf die dem R. R. fremden Institute zeigt sich jene Grundansicht verwerflich, sondern auch in Anwendung auf die Institute des R. R. selbst. Weil nämlich die confessoria als vindicatio der res incorporalis aufgefaßt wird, so wird behauptet, diese Klage sey nicht etwa ein Schutzmittel für die in der Servitut enthaltenen Befugnisse gegen jeden Verletzer, sondern es werde nur das Eigenthum des Rechts gegen den Besitzer dieses Rechts, den Eigenthümer, vindicirt. (Bemerkungen S. 278. 281. 290—292). Diese Behandlung jener Klage würde aber nicht nur für das praktische Bedürfniß sehr ungenügend seyn, sondern sie widerspricht auch geradezu vielen Stellen des Römischen Rechts. Vgl. *L.* 60 § 1 *de usufr.* (7. 1.), *L.* 1 *pr. L.* 5 *pr. si ususfr.* (7. 6.), *L.* 10 § 1 *si serv.* (8. 5.).

schädigungen an der vindicirten Sache. Da diese jedoch nur eine untergeordnete und abhängige Natur haben, wiewohl sie durch den äußeren Erfolg sehr wichtig seyn können, so ist eine solche Klage darum nicht weniger in rem. Dagegen finden sich drei Klagen (die Theilungsklagen), welche zwar auch auf Obligationen beruhen, und daher mit Recht personales heißen (l), aber von anderen persönlichen Klagen dadurch wesentlich verschieden sind, daß in ihnen zugleich über das streitige Eigenthum entschieden werden kann. Dieses geschieht bey den eigentlichen Theilungsklagen (familiae herciscundae und communi dividundo) dadurch, daß über das streitige Miteigenthum des Klägers, wenn er im Besitz desselben ist, in der auf Theilung gerichteten Klage zugleich mit entschieden wird (m); bei der actio finium regundorum dadurch, daß der Kläger den Theil des Grundstücks, welchen er in Folge der Gränzverwirrung bisher entbehrte, durch diese Klage eben so, wie durch eine Vindication, wieder erlangen kann (n). Daher wird von diesen Klagen gesagt: mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam (o). — Es erklärt sich also dieser Ausdruck aus den materiellen

(l) *L.* 1 *fin. reg.* (10. 1.) „Finium regundorum actio *in personam est*, licet pro vindicatione rei est." *L.* 1 § 1 *C. de ann. except.* (7. 40.)

(m) *L.* 1 § 1 *fam. herc.* (10. 2.)

(n) „pro vindicatione rei est" s. o. Note l.

(o) § 20 *J. de act.* (4. 6.). Ich habe hier den Grund angegeben, der den Ausdruck rechtfertigen kann. Ob übrigens dieser Ausdruck schon von alten Juristen, von vielen oder wenigen, gebraucht worden ist, läßt sich freylich nicht entscheiden.

Rechtsverhältnissen, und aus den Bestimmungen des Justinianischen Rechts. Im älteren Recht hatte derselbe Ausdruck noch einen anderen, mehr formellen Grund, welcher erst unten (§ 216) klar gemacht werden kann. Auch die hereditatis petitio, die gewiß in rem ist, (§ 207. b) heißt einmal mixta personalis actio (p), und es scheint dieses nicht blos auf eine persönliche Beymischung in ihren Wirkungen zu gehen, welche ihr ohnehin nicht ausschließend zuzuschreiben ist, sondern auch darauf, daß bei ihr die Person des Beklagten mehr als bey anderen in rem actiones beschränkt ist (q).

§. 210.

Arten der Klagen. Pönalklagen.

Auch die nun folgende Eintheilung bezieht sich auf das innere Wesen der Klagen, auf ihren Gegenstand, Zweck, Erfolg; sie erscheint sogar zunächst nur als eine Untereintheilung der persönlichen Klagen (a), obgleich sie in einer ihrer Modificationen über die Gränze derselben hinaus reicht: dagegen bezieht sie sich ganz ausschließend auf die das Vermögen betreffenden Klagen.

(p) *L.* 7 *C. de pet. her.* (3. 31.)

(q) Vgl. § 207. b, 208. k, und Beylage XIII. Num. IX.

(a) § 17 *J. de act.* (4. 6.) „Rei persequendae causa comparatae sunt *omnes in rem actiones*. Earum vero actionum, *quae in personam sunt*, hae quidem" rel. (Nun folgt die Eintheilung). — Der Hauptsache nach könnte man diese Lehre als eine Eintheilung der Obligationen behandeln, und aus dem Actionenrecht ganz verweisen; sie greift jedoch auf so mannichfaltige Weise in die Behandlung der Klagen ein, daß ihre Kenntniß schon an dieser Stelle nicht zu entbehren ist.

Diese nämlich sind, nach ihrem reinen, einfachen Begriff dazu bestimmt, den Vermögenszustand eines Jeden zu erhalten, oder, wenn er gestört ist, wiederherzustellen; sie sollen also einen ungerechten Schaden des Einen, einen ungerechten Gewinn des Andern, verhindern. So die rei vindicatio und die Darlehnsklage; wenn beide ihren Zweck erreichen, so ist jeder Theil so reich, als er zuvor war; es wird blos eine Veränderung des Vermögensstandes abgewehrt, oder der faktische Zustand mit dem Rechtszustand in Einklang gebracht.

Eine künstliche, ganz positive Anstalt verknüpft mit manchen Verletzungen noch eine andere Folge. Der Verletzer soll unfreywillig ärmer, der Verletzte um eben so viel reicher werden. Es wird also durch sie eine Veränderung des Vermögens, in Folge der Verletzung bewirkt, und der Gegenstand dieser Veränderung heißt poena.

Wo nun eine solche poena eintritt, ist es ein zufälliger, untergeordneter Umstand, ob beide hier angegebene Zwecke (Erhaltung und Veränderung zur Strafe) durch eine und dieselbe Klage verfolgt werden, oder durch zwei getrennte Klagen (b). Von einer Klage auf bloße Erhaltung des Vermögens heißt es: rem persequitur, rei persequendae causa datur; von einer Klage auf bloße Strafe: poenam persequitur, poenae persequendae causa datur,

(b) So geht die condictio furtiva auf bloße Rückgabe der gestohlenen Sache oder ihres Werthes, also auf Erhaltung des Vermögens, die furti actio auf bloße Strafe; dagegen geht die actio vi bonorum raptorum auf Sache und Strafe zugleich.

poenalis est; von einer Klage, welche beide Zwecke umfaßt: mixta est, obgleich auch diese oft blos poenalis heißt (c). Eine besondere Rücksicht auf diese letzte Art ist nicht nöthig, da sie eigentlich aus zwey verschiedenen Klagen zusammengesetzt ist, so daß ihre Bestandtheile in den meisten Fällen auch in der Anwendung leicht getrennt werden können.

In den zwey hier dargestellten Arten der Klagen erscheint Das, was mit beiden streitenden Theilen vorgeht, ganz gleichartig; der Vermögenszustand wird für Beide durch die Pönalklagen verändert, durch die anderen Klagen erhalten. Dieses an sich einfache Verhältniß erhält aber dadurch einige Verwicklung, daß es eine zahlreiche und wichtige Klasse von Klagen giebt, die zwischen den beiden eben dargestellten Arten in der Mitte liegt. Ihre Eigenthümlichkeit besteht darin, daß die Wirkung auf die Parteyen ungleichartig ist; für den Kläger wird der Vermögenszustand nur erhalten, für den Beklagten wird er möglicherweise verändert, so daß der Gegenstand der Klage für den Kläger Entschädigung, für den Beklagten

(c) Die allgemeinsten Stellen hierüber sind: Gajus IV. § 6—9, § 16—19 *J. de act.* (4. 6.); die genauere Erörterung des Sprachgebrauchs aber wird sogleich nachfolgen. — Neuere Schriftsteller nennen häufig die eine Art der Klagen: rei *persecutoriae*, allein dieses Adjectivum kommt weder hier noch anderwärts jemals vor. Als Substantivum, und in einer durchaus verschiedenen Bedeutung, erscheint einmal das Wort im Justinianischen Codex (*L. un. C. J. de auri publ.* 10. 72.); aber auch dabey ist die Lesart sehr zweifelhaft, da der Theodosische Codex prosecutoria liest. (*L. un.* C. *Th. eod.* 12. 8.)

aber Strafe ist. Als Beyspiel dieser Mittelklasse kann die doli actio dienen. Der Kläger erhält dadurch nie mehr als den Ersatz des durch des Gegners Betrug entstandenen Schadens; der Beklagte aber muß diesen Ersatz leisten, auch wenn er nicht aus Gewinnsucht, sondern blos aus Bosheit betrogen hat, in welchem Fall also die Klage auf ihn wie eine Strafe wirkt, indem sie ihn positiv ärmer macht, nicht blos eine ungerechte Bereicherung verhütet (d).

Dieses gemischte Verhältniß setzt also, wo es rein und vollständig erscheinen soll, immer voraus, daß ein Stück Vermögen vernichtet worden ist; um dieses Stück ist der Verletzte ärmer, der Verletzer nicht reicher geworden.

Wenn übrigens das Wesen dieser Mittelklasse darin gesetzt wird, daß die Klage auf den Beklagten als Strafe wirke, indem sie ihn positiv ärmer mache, so ist dabei blos die äußerste Möglichkeit dieses Falles berücksichtigt. Um bey dem gewählten Beyspiel stehen zu bleiben, so kann allerdings der Betrüger durch den Betrug auch gewonnen haben, vielleicht eben so viel, als der Betrogene verlor, in welchem Fall er nicht eigentlich Strafe leidet, sondern nur ungerechten Gewinn herausgiebt. Allein die

(d) *L.* 39. 40. *de dolo* (4. 3.). — Die hier bemerkte Varietät der Strafklagen findet sich nicht überall gehörig anerkannt. Richtig unterscheidet sie unter andern Vinnius in § 1 *J. de perpet.* (4. 12.) Num. 4. 5. Sie findet sich ferner anerkannt, mit Sorgfalt behandelt, aber anders, als hier geschehen, ausgebildet und ausgedrückt, in Kierulffs Theorie des gemeinen Civilrechts Bd. 1. S. 220—230.

juristische Natur der Klage wird durch die bloße Möglichkeit, daß sie den Beklagten als reine Strafe treffe, bestimmt, und der zufällig verschiedene Erfolg einzelner Fälle wird bei der Bezeichnung derselben nicht beachtet. Auch der Gegenstand dieser Klagen kann also ein gemischter oder zusammengesetzter seyn, so wie es bey den zweyseitigen Strafklagen, da wo diese den Namen mixtae actiones führen, bemerkt worden ist; allein die Mischung hat in diesen beiderley Fällen eine verschiedene Natur und nicht übereinstimmende Gränzen.

Um mich in kurzen Worten deutlich machen zu können, will ich folgende Ausdrücke gebrauchen:

Zweyseitige Strafklagen, die auf beide Theile verändernd einwirken, wie furti actio.

Einseitige Strafklagen, die nur für den Beklagten die Strafnatur haben, und zwar nur möglicherweise, wie doli actio.

Erhaltende Klagen, die von keiner Seite den Umfang des Vermögens ändern, wie die Klage aus Eigenthum oder Darlehen (e).

Der Römische Sprachgebrauch ist hierin sehr schwankend, und bedarf deshalb einer mehr als gewöhnlich sorgfältigen Feststellung.

(e) Wo gerade ein besonderes Bedürfniß eintritt, die einseitigen Strafklagen durch einen gemeinsamen Ausdruck mit den erhaltenden Klagen zu bezeichnen, da möchte der Ausdruck: Entschädigungsklagen (im Gegensatz der reinen Strafklagen) zu empfehlen seyn. So wird dieser Ausdruck unten im §. 234 gebraucht.

1) Für die zweyſeitigen Strafklagen kommen folgende Bezeichnungen vor.

Poenales actiones.

§ 9 *J. de L. Aquil.* (4. 3.)

§ 1 *J. de perpet.* (4. 12.)

L. 23 § 8 *ad L. Aquil.* (9. 2.) (Ulpian.)

L. 1 § 23 *de tutelae* (27. 3.) (Ulpian.)

L. 1 *pr. de priv. del.* (47. 1.) (Ulpian.)

L. 111 § 1 *de R. J.* (50. 17.) (Gajus.)

Poenam persequuntur, poenae persequendae causa comparatae, ad poenam respiciunt.

Gajus IV § 6—9.

§ 16—19 *J. de act.* (4. 6.)

L. 50 *pro soc.* (17. 2.) (Paul.)

Im Gegenſatz derſelben heißt es nun von allen übrigen Klagen, alſo die einſeitigen Strafklagen mit eingeſchloſſen:

Rem persequuntur, rei persequendae causa comparatae, ad rei persecutionem respiciunt, rei persecutionem continent.

Gajus IV § 6—9.

§ 16—19 *J. de act.* (4. 6.) und zwar hier noch mit dem Ausdruck mixtae für die zuſammengeſetzten.

L. 50. *pro soc.* (17. 2.) (Paul.)

L. 21. § 5 *de act. rer. amot.* (25. 2.) (Paul.)

Die einſeitigen Strafklagen insbeſondere haben, vom Standpunkt dieſes Sprachgebrauchs aus, folgende Benennungen:

Factum puniunt.

L. 9 § 1 *quod falso* (27. 6.) (Ulpian.)

Ex delicto dantur, pertinent ad rei persecutionem.

L. 7 *de alien. jud.* (4. 7.) (Gajus.)

Poenae nomine concipiuntur, rei continent persecutionem.

L. 9 § 8 *L.* 11 *de reb. auct. jud.* (42. 5.) (Ulpian.)

Non est poenalis, sed rei persecutionem continet.

L. 4 § 6 *de alien. jud.* (4. 7.) (Ulpian.)

In allen diesen Stellen also beziehen sich die unterscheidenden Benennungen auf den Umstand, daß durch die Klage der Kläger bald bereichert, bald blos entschädigt wird.

2) Dann aber giebt es auch andere Stellen, worin dieselben Ausdrücke gebraucht werden, um die verschiedene Wirkung der Klage auf das Vermögen des Beklagten zu unterscheiden, je nachdem nämlich der Beklagte entweder Etwas unbedingt zu leisten hat, selbst wenn er dadurch positiv ärmer wird, oder aber nur dasjenige herausgeben soll, was außerdem eine ungerechte Bereicherung für ihn seyn würde (quod ad eum pervenit, quatenus locupletior est, ut lucrum extorqueatur).

In Anwendung dieses, von dem vorigen verschiedenen, Sprachgebrauchs heißt nun eine einseitige Strafklage (welcher anderwärts dieser Name versagt wurde) poenalis.

L. 1 § 5. 8 *ne vis fiat* (43. 4.) (Ulpian.)

Und ganz consequent wird nun im Gegensatz der Aus-

druck: rei persecutionem continent ausschließend von den erhaltenden Klagen gebraucht, so daß selbst die einseitigen Strafklagen (namentlich die doli actio) von dieser Benennung ausgeschlossen werden.

L. 35 *pr. de O. et A.* (44. 7.) (Paul.)

L. 3 pr. § 1 *de vi* (43. 16.) (Ulpian.)

L. 3 § 1 (*L.* 1 § 4 *L.* 10) *si quid in fraud.* (38. 5.) (Ulpian.)

L. 7 § 2 *de cond. furtiva* (13. 1.) (Ulpian.)

Die Ausdrücke sind also mit Vorsicht zu Beweisen über die Natur einer Klage zu gebrauchen, da sogar derselbe Ulpian den Namen poenalis actio einer einseitigen Strafklage bald beylegt, bald abspricht, und da dasselbe Schwanken auch bey dem Ausdruck: rei persecutionem continere wahrgenommen wird.

§. 211.

Arten der Klagen. Pönalklagen. (Fortsetzung.)

Die eigenthümliche Natur der Strafklagen läßt sich auf folgende Sätze zurückführen:

A) Wenn ein Sklave die Handlung begieng, so konnte die Klage gegen den Herrn als noxalis actio angestellt werden; diese Regel galt für beide Arten der Strafklagen auf gleiche Weise (a).

(a) Fast alle Stellen von Noralklagen beziehen sich auf zweyseitige Strafklagen, die meisten auf die furti actio. Daraus würde schon folgen, daß die einseitigen, als die minder bedenklichen, um so mehr als Noxalklagen angestellt werden könnten; es werden aber auch aus-

B) **Wenn Mehrere gemeinschaftlich ein Delict begehen, so werden die zwey Arten der Strafklagen auf verschiedene Weise behandelt.** Die zweyseitigen gehen gegen jeden Theilnehmer auf die volle Strafe, so daß für Ein Delict die Strafe so vielmal bezahlt wird, als die Zahl der Theilnehmer beträgt (b). Die einseitigen Strafklagen können zwar auch gegen jeden Theilnehmer, nach freyer Auswahl, angestellt werden; hat aber Einer derselben das, was für ihn Strafe ist (oder doch seyn kann) entrichtet,

drücklich solche Klagen als Noxalklagen angeführt. *L.* 9 § 4 *de dolo* (4. 3.). *L.* 9. § 1 *quod falso* (27. 6.) Außerdem sagt *L.* 1 § 2 *de priv. del.* (47. 1.) „in ceteris quoque actionibus, *quae ex delictis oriuntur* . . placet, ut noxa caput sequatur." Dieser Ausdruck aber umfaßt unzweifelhaft beide Arten der Strafklagen. Überhaupt kann man sagen, daß bey Handlungen eines Sklaven, die ihrer Natur nach obligatorisch sind, die a. de peculio mit der a. noxalis in einem alternativen Verhältniß steht; ist die Handlung ein Rechtsgeschäft, so gilt ausschließend die a. de peculio, ist sie ein Delict, so gilt ausschließend a. noxalis. *L.* 49 *de O. et A.* (44. 7.)

(b) *L.* 51 *in f. ad L. Aquil.* (9. 2.) *L.* 55 § 1 *de admin.* (26. 7.) „Nam in aliis furibus" rel. *L.* 5 § 3 *si quis eum* (2. 7.) *L.* 1 *C. de cond. furt.* (4. 8.) „Praeses provinciae sciens furti quidem actione *singulos quosque in solidum* teneri, condictionis vero numorum furtim subtractorum *electionem esse*, ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, *ceteros liberari*, jure proferre sententiam curabit." Ständen hier blos die Worte in solidum, so könnten diese, nach der sonst gewöhnlichen Bedeutung, auch bey der Strafe auf ein Wahlrecht bezogen werden; allein der Zusatz singulos quosque, noch mehr aber der sehr deutlich beschriebene Gegensatz der condictio furtiva, setzt die wahre Meynung außer Zweifel. Bey der Injurie versteht sich dieselbe Behandlung noch mehr von selbst, da eigentlich die Handlung eines Jeden eine selbstständige Injurie enthält. *L.* 34 *de injur.* (47. 10.). Von Klagen dieser Art ist auch zu verstehen *L.* 5 *pr. de nox. act.* (9. 4.) „nec altero convento alter liberabitur." — Vgl. auch unten § 234.

ſo werden die Übrigen dadurch frey (c). Dieſes iſt die nothwendige Folge davon, daß der Kläger nur Entſchädigung zu fordern hat, mit deren Begriff eine Vervielfältigung im Widerſpruch ſtehen würde.

C) Auch bey dem Übergang der Strafklagen auf die Erben des Verletzers gelten für beide Arten derſelben verſchiedene Regeln.

Zweyſeitige Strafklagen gehen gar nicht auf die Erben über, das heißt der Verletzte kann niemals den Gewinn, der ihm unter dem Namen einer Strafe dargeboten iſt, von dem Erben des Verletzers einklagen (d). Jedoch ſind dabey zwey nähere Beſtimmungen zu bemerken. — Iſt die Klage mixta, ſo wird der Theil der Klage, welcher nicht auf den Gewinn, ſondern auf die bloße Entſchädigung des Klägers gerichtet iſt, von dem Erben eingefordert, ſoweit dieſer reicher aus dem Delict iſt (e), weil dieſes als allgemeine Regel für alle aus Delicten entſpringende Obli-

(c) *L.* 1 § 4 *de eo per quem factum* (2. 10.), *L.* 14 § 15 *L.* 15 *quod metus* (4. 2.), *L.* 1 § 10 *L.* 3. 4 *de his qui effud.* (9. 3.), *L.* 17 *pr. de dolo* (4. 3.). Vgl. unten § 232, und Ribbentrop von Correalobligationen § 14. 15.

(d) Gajus IV. § 112. § 1 *J. de perpet.* (4. 12), *L.* 1 *pr. de priv. del.* (47. 1), *L.* 5 § 4 *si quis eum* (2. 7), *L.* 111 § 1 *de R. J.* (50. 17), *L.* 22 *de op. novi nunc.* (39 1), *L.* 5 § 5. 13 *de effusis* (9. 3), *L.* 8 *de popul. act.* (47. 23.).

(e) *L.* 4 § 2 *de incendio* (47. 9.). — Nicht ganz ſcheint zu der aufgeſtellten Regel zu paſſen *L.* 5 *pr. de column.* (3. 6), indem dieſe Klage, die in der Regel eine Strafe verfolgt, dennoch gegen den Erben gehen ſoll. Allein in der That kann man der actio in simplum, von welcher allein hier die Rede iſt, dieſen reinen Strafcharacter nicht beylegen, indem ſie ja auch durch die angeſtellte Condiction ausgeſchloſſen wird. *L.* 5 § 1 *eod.*

gationen gilt (f). — Ist die Klage gegen den Verletzer selbst angestellt, dieser aber nach der Litiscontestation gestorben, so geht die Klage mit allen ihren Folgen gegen den Erben fort, weil nunmehr die Klage einen contractlichen Character angenommen hat (g).

Für die einseitigen Strafklagen gilt dasselbe, was so eben für den auf Entschädigung gerichteten Theil der mixtae actiones bemerkt worden ist. Der Erbe muß dieselben gegen sich anstellen lassen, insoweit er reicher aus der Handlung seines Erblassers ist (h). — Durch die Litiscon-

(f) *L.* 38 *de R. J.* (50. 17), *L.* 5 *pr. de calumn.* (3. 6.). — Derselbe Satz gilt auch für Criminalverbrechen. *L.* 20 *de accus.* (48. 2), *L.* 12 *de L. Corn. de falsis* (48. 10.). — Indessen ist dieser Satz doch eine bloße Nothhülfe, damit in keinem Fall irgend ein Gewinn in des Verletzers Vermögen zurück bleibe. Wenn aber dieser Zweck auch schon durch eine andere, concurrirende, Klage, gegen die Erben erreicht werden kann, so bleibt es bei der reinen Regel, daß Pönalklagen gar nicht gegen die Erben gehen sollen. Hieraus sind zu erklären *L.* 2 § 27 *vi bon. rapt.* (47. 8), *L.* 1 § 23 *de tutelae* (27. 3.).

(g) § 1 *J. de perpet.* (4. 12), *L. un. C. ex delictis* (4. 17), *L.* 26 *de O. et A.* (44. 7), *L.* 139 *pr. de R. J.* (50. 17.). — Nach *L.* 33 *de O. et A.* (44. 7) könnte man glauben, nicht erst die Litiscontestation, sondern schon die Anstellung der Klage, übertrage dieselbe unbedingt auf die Erben. Allein diese Stelle ist von solchen Fällen zu verstehen, worin der Verstorbene die Litiscontestation durch Zögerung verhindert hat, wie in *L.* 10 § 2 *si quis caut.* (2. 11.). Vgl. Glück B. 6 S. 196.

(h) *L.* 35 *pr. de O. et A.* (44. 7), *L.* 44 *de R. J.* (50. 17), *L.* 1 § 6 *de eo per quem factum* (2. 10), *L.* 16 § 2 *L.* 19 *quod metus* (4. 2), *L.* 17 § 1 *L.* 26 *de dolo* (4. 3), *L.* 9 § 8 *L.* 10 *de reb. auct. jud.* (42. 5), *L.* 1 § 48 *L.* 2 *L.* 3 *pr. de vi* (43. 16), *L. un. C. ex delictis* (4. 17.). — Gegen diese, von den Meisten anerkannte, Regel hat sich neuerlich theilweise erklärt Franke Beiträge S. 28—41. Er will bey den bloßen Entschädigungsklagen (die ich einseitige Strafklagen nenne) den beschränkten Übergang auf die Erben des Beklagten nur gelten lassen, insofern diese

testation wird hier, wie in dem vorhergehenden Fall, seine Obligation eine unbeschränkte (Note g.).

Untersucht man die Wichtigkeit und den inneren Werth dieser eigenthümlichen Bestimmungen, so ist es sogleich einleuchtend, daß die Noxalklagen für uns völlig verschwunden sind; die Behandlung mehrerer gemeinschaftlich Handelnden, an sich nicht von großer Erheblichkeit, enthält nichts Anstößiges; dagegen erfordert der beschränkte Übergang auf die Erben eine genauere Betrachtung. — Von einem allgemeineren Standpunkt aus angesehen, erscheinen hierin die zweyseitigen und einseitigen Strafklagen in ihrem innersten Wesen verschieden. Wenn ein Verbrecher Gefängniß oder Leibesstrafe verwirkt hat, und vor der Bestrafung stirbt, so wird Niemand daran denken, diese Strafe an dem Erben vollziehen zu lassen; der Grund

Klagen prätorische seyen, die Civilklagen dieser Art sollen unbeschränkt gegen die Erben gehen, der einzige Fall solcher Art aber sey die condictio furtiva. Diese Unterscheidung, wofür er überdem einen befriedigenden inneren Erklärungsgrund anzugeben vergeblich versucht hat (S. 37) wird unten durch den Beweis widerlegt werden, daß die condictio furtiva keine Delictsklage ist. (Beyl. XIV. Num. XVII. XVIII.). Sie läßt sich aber auch durch die a. L. Aquiliae widerlegen. Zwar ist diese durch die künstliche Schadensrechnung eine zweyseitige Strafklage geworden. Allein wenn das von Franke aufgestellte Princip richtig wäre, würde dem Verletzten die unbeschränkte Klage gegen den Erben nicht versagt werden können, sobald er sich entschlösse, Das was in der Klage die Strafnatur hat aufzugeben, und nur die reine Entschädigung (berechnet nach der Zeit des begangenen Delicts) zu fordern, durch welche Forderung er ja ganz in derselben Lage seyn würde, wie (nach Franke's Meynung) der Bestohlene in der condictio furtiva. Und doch soll jener Beschädigte von dem Erben durchaus nur dessen Bereicherung abfordern können. Vgl. noch unten § 212. g.

liegt darin, daß das Criminalrecht nur mit dem natürlichen, individuellen Menschen zu thun hat (§ 94), nicht mit dem Vermögensbeherrscher, auf welche lezte Eigenschaft allein das Verhältniß des Erben sich bezieht. Nicht wesentlich verschieden ist aber der Fall der fiscalischen Geldstrafe, denn obgleich diese auf das Vermögen gerichtet ist, so dient doch das Vermögen hier nur als Strafmittel, dessen Verschiedenheit von den vorher erwähnten Strafmitteln eine untergeordnete Natur hat. Endlich ist aber auch die Römische Privatstrafe von der fiscalischen Geldstrafe, ihrem Wesen nach, nicht verschieden; der Staat hat es hier dem Verlezten überlassen, die Geldstrafe einzuziehen und zu behalten. Das Wesen der Strafe bleibt in allen diesen Fällen ganz dasselbe, denn der nächste Zweck geht immer dahin, daß den Ungerechten ein Übel treffe (i), worin auch dieses Übel bestehen möge. Und darum ist es, in allen diesen Fällen, der wahren Natur der Strafe gleich widersprechend, wenn das Übel einem Andern als dem Verbrecher zugefügt wird, zum Beyspiel dem Erben desselben, der als solcher zu dem begangenen Unrecht in gar keinem Verhältniß steht. Hierdurch aber erscheint die Römische Regel, nach welcher die eigentlichen Strafen unvererblich sind (Note d), völlig gerechtfertigt.

Ganz anders verhält es sich mit der Entschädigung.

(i) In diesem nächsten Zweck stimmen Alle überein, wie verschieden sie auch den entfernteren Zweck auffassen mögen, nämlich bald als Vergeltung (§ 9. b), bald als Abschreckung, als Prävention, oder als Besserung.

Die Verpflichtung zu derselben hat völlig gleiche Natur mit den aus Verträgen entspringenden Verpflichtungen, und sie tritt, so wie diese, vom Augenblick ihrer Entstehung an, in eine unzertrennliche Verbindung mit dem Vermögen; beide aber haben mit der Individualität und Empfindung des Handelnden, worauf sich die Strafe bezieht, gar keine Verbindung. Der Natur dieses Verhältnisses wäre es angemessen, daß jene Verpflichtung zur Entschädigung eben so unbeschränkt auf die Erben übergienge, wie die aus Verträgen, ja wenn sich hierin Grade annehmen ließen, so erscheint die Erfüllung jener Verbindlichkeit wohl noch dringender als die der Verträge. Wenn nun dennoch die Römer dem Erben die Entschädigung nur auf höchst beschränkte Weise auflegen, und dadurch in der That dem Verlezten sein gutes Recht entziehen (k), so liegt der Grund ohne Zweifel in einer irrigen Verwechslung der Entschädigung mit der davon wesentlich verschiedenen Strafe. Die Thatsache dieser Verwechslung erhellt deutlich aus dem oben dargelegten höchst schwankenden Sprachgebrauch. Die Veranlassung aber muß wohl in mehreren Umständen gesucht werden. Erstlich in der blos äußerlichen, aber täuschenden Ähnlichkeit der Wirkung auf den Verletzer, welcher durch die Entschädigung, eben

(k) Dieses wird recht anschaulich, wenn ein Reicher aus Rache eine Brandstiftung verübt, und vor Anstellung der Klage stirbt. Der Erbe ist hier durch die That nicht reicher, und die actio L. Aquiliae trifft ihn daher nicht. *L.* 23 § 8 *ad L. Aquil.* (9. 2.). Eben so wenn Jemand aus bloßer Bosheit einen Andern betrügt, und dadurch in großen Schaden bringt, ohne selbst Etwas zu gewinnen.

so wie durch die Strafe, eine Verminderung seines Vermögens erleiden kann. Zweytens, und noch mehr, in dem Umstand, daß bey den Strafklagen nicht selten Entschädigung und Strafe vermischt erscheinen, oft so daß Beides schwer abzusondern ist (l). Endlich aber konnte die hierin liegende Härte auch dadurch leichter verborgen bleiben, daß sie gerade in dem häufigsten und wichtigsten Fall gar nicht zur Anwendung kam, bey dem Diebstahl nämlich, wozu auch der Raub gehört. Denn hier wird die Entschädigung gar nicht durch eine Delictsklage bewirkt, sondern durch eine Condiction, und die Natur dieser Klage bringt es mit sich, daß sie unbeschränkt gegen die Erben angestellt werden kann.

Das spätere Schicksal dieser nicht zu billigenden Rechtsregel ist folgendes gewesen. Das canonische Recht verwarf dieselbe, und ließ die Klage gegen den Erben, ohne

(l) Diese Vermischung findet sich, und zwar in verschiedener Art, bey denjenigen Strafklagen, die noch im neuesten Recht als mixtae erscheinen; so in der a. vi bonorum raptorum, worin die Absonderung leicht, in der a. L. Aquiliae, worin sie schwerer ist. Wahrscheinlich aber war sie im älteren Recht noch ausgedehnter. So war wohl ursprünglich die furti actio eine gemischte Klage; der doppelte oder vierfache Sachwerth sollte nicht blos den Verlust der Sache ersetzen, sondern auch das mögliche höhere Interesse vergüten, und daneben noch dem Bestohlenen eine Summe als Bereicherung verschaffen; darauf deutet der uralte Ausdruck: pro fure *damnum* decidere. Später wurde noch daneben die condictio furtiva auf die Sache selbst, oder das Interesse, (nicht blos auf den Sachwerth), eingeführt, und von dieser Zeit an war freylich die furti actio eine reine Strafklage. Diese Ansicht konnte hier nur angedeutet werden, ihre Ausführung muß einem andern Orte vorbehalten bleiben. Ist dieselbe richtig, so paßt der im Text folgende Grund nur auf die spätere Zeit.

Rücksicht auf dessen Bereicherung, gelten (m); jedoch trat nun an die Stelle der großen, im Römischen Recht angenommenen, Beschränkung eine andere, allerdings viel geringere. Der Erbe sollte für die Entschädigung nur haften, soweit die Erbschaft reichte; das heißt, er sollte niemals aus seinem eigenen Vermögen entschädigen, selbst wenn er es unterlassen hätte ein Inventarium zu machen. Diese neue Beschränkung hatte in den päbstlichen Gesetzen selbst nur einen sehr schwachen Schein der Begründung (n); ihr wahrer Grund ist die Praxis, die hierin vom Mittelalter her ganz gleichförmig gewesen zu seyn scheint. Man wollte das Römische Recht, im wohlbegründeten Interesse des Verletzten, hierin abändern, glaubte aber diese Abänderung doch wieder vermindern zu müssen, und so erscheint uns auch diese neueste Gestalt des Satzes wiederum eine halbe Maaßregel, ohne wahren inneren Grund (o): besser wäre

(m) c. 3 C. 16. q. 6, *C.* 14 *X. de sepult.* (3. 28), *C.* 5 *X. de raptor.* (5. 17), *C.* 9 *X. de usuris* (5. 19), *C.* 28 *X. de sent. excomm.* (5. 39.).

(n) *C.* 5 *X. de raptor.* (5. 17) sagt: „heredes .. *juxta facultates suas* condigne satisfaciant," welcher nichtssagende Zusatz so viel heißt als: soweit sie können. Ganz gegen die Worte hat man das auf die facultates der Erbschaft bezogen.

(o) Nur auf folgende Weise könnte etwa eine Rechtfertigung jener neuen Einschränkung versucht werden. Wenn der Erbe ohne Inventarium antritt, und nachher die Erbschaft mit gewöhnlichen Schulden überlastet findet, so hat er den Schaden seiner Unvorsichtigkeit zuzuschreiben, da er die Vermögensumstände des Verstorbenen hätte prüfen können. Verbrechen aber werden meist im Verborgenen begangen, und es ist daher dem Erben weniger zur Last zu legen, wenn er die aus Verbrechen entstandenen Verpflichtungen des Erblassers nicht gekannt, ja nicht einmal solche für möglich gehalten hat. — Die Schriftsteller jedoch

es gewesen, die Verbindlichkeit des Erben, gleich jeder anderen Schuld, ohne Einschränkung gelten zu lassen, wie es den Quellen des canonischen Rechts allerdings gemäß ist. Neuere Deutsche Schriftsteller haben die Gültigkeit der angeführten Vorschrift des canonischen Rechts aus zwey nicht erheblichen, Gründen bestritten. Erstlich weil die Päbste blos verordnen, daß geistliche Zwangsmittel zu dem erwähnten Zweck angewendet werden sollten, welches von einer Rechtsvorschrift verschieden sey. Allein diese geistlichen Mittel waren diejenigen, worüber der Pabst in allen Ländern am Unmittelbarsten verfügen konnte, und die Vorschrift ihrer Anwendung ist daher, hier wie anderwärts, nur als Anerkennung eines Rechtssatzes im Allgemeinen zu betrachten. — Zweytens wird in jenen Stellen unter andern auch das Seelenheil des Verstorbenen als Grund für den Zwang gegen den Erben geltend gemacht, weshalb man fürchtete, durch die Beobachtung jener Vorschrift möchte die Lehre vom Fegfeuer anerkannt, und dadurch die reine evangelische Lehre gefährdet werden. Allein die Anerkennung des Rechtssatzes selbst ist für uns das allein Wichtige, und diese wird nicht verändert, man mag einen unterstützenden dogmatischen Beweggrund hinzu thun oder weg nehmen. — So ist also die durch die Praxis modificirte Vorschrift des canonischen Rechts als das un-

berufen sich meist nur auf eine ohne weitere Gründe behauptete aequitas.

zweifelhafte Resultat des heutigen gemeinen Rechts zu betrachten (p).

§. 212.

Arten der Klagen. Pönalklagen. (Fortsetzung.)

Nachdem die Natur und Wirkung beider Arten der Strafklagen dargestellt worden ist, sind dieselben in Anwendung auf einzelne Fälle selbst darzustellen, und es ist insbesondere das Verhältniß nachzuweisen, in welchem diese Begriffe zu der vorher dargestellten Grundeintheilung aller Klagen (in personam, in rem) zu denken sind.

Die Klagen in rem können niemals als zweyseitige Strafklagen vorkommen (§ 210. a.), wohl aber können sie zuweilen die Natur von einseitigen annehmen. Wenn bey einer Klage aus Eigenthum, Pfandrecht, Emphyteuse, Superficies, Erbrecht, unser Gegner zwar nicht besitzt, aber zu unsrem Schaden entweder den Besitz unredlicherweise aufgab, (dolo desiit possidere), oder uns durch den Schein des Besitzes getäuscht hat (liti se obtulit), so muß er sich, gleich einem wirklichen Besitzer, die Klage mit allen ihren Folgen gefallen lassen. Hier nimmt die Klage völlig die Natur einer einseitigen Strafklage, gegründet auf eine obligatio ex delicto, an (a), und sie geht daher

(p) Ausführlich und befriedigend ist diese ganze Frage behandelt von Böhmer jus eccl. Prot. Lib. 5 T. 17 § 132 — 137, und Francke Beyträge S. 44—57. — Die Zeugnisse vieler Praktiker sind zusammengestellt bey Müller ad Leyser. T. 6 p. 176.

(a) Daß die Klage nunmehr als eine persönliche wirkt, zeigt

auch gegen den Erben nur, insoweit dieser reicher ist durch die Unredlichkeit des Erblassers (b).

Die persönlichen Klagen aus Verträgen sind fast insgesammt blos erhaltende Klagen, ohne alle Strafnatur. In einem einzigen Fall, bey dem durch ungewöhnliche Unglücksfälle veranlaßten Depositum, erscheint eine solche Klage als mixta, folglich als zweyseitige Strafklage (c). — Weit wichtiger aber ist es, daß die Contractsklagen nicht etwa durch den hinzutretenden Dolus die Delictsnatur annehmen, sondern reine Contractsklagen bleiben, so daß sie auch in diesem Fall ohne Einschränkung auf die Erben des Beklagten übergehen (d).

sich im Concurse, indem hier der Kläger nur als Glaubiger behandelt werden kann, nicht als Separatist. *L.* 24 § 2 *de rebus auct. jud.* (42. 5.). — Wenn der Beklagte aus anderen Gründen, z. B. wegen Culpa, zur litis aestimatio verurtheilt wird, so erwirbt er dadurch die Rechte eines Käufers an der vindicirten Sache (*L.* 21. 46. 47, 63. *de R. V.* 6. 1.); hier erwirbt er gar keine Rechte (*L.* 63. 69. 70. *eod.*), und der Eigenthümer kann daher noch immer gegen den dritten Besitzer klagen. *L.* 95 § 9 *de solut.* (46. 3.), *L.* 13 § 14 *de her. pet.* (5. 3.)

(b) *L.* 52 *de R. V.* (6. 1.)

(c) So wird die Regel und die Ausnahme dargestellt in § 17 *J. de act.* (4. 6.). Nimmt man nun an, daß hier die Klage unter allen Umständen auf den doppelten Werth gehe, so ist es in der That eine ganz isolirte Ausnahme. Allein § 26 *J. de act.* (4. 6.) beschränkt die Strafe auf den Fall des Ablängnens (wohin auch deutet das perfidiae crimen und das fidem frangere in *L.* 1 § 4 *depositi* 16. 3.); darnach aber fällt diese Ausnahme mit mehreren Fällen zusammen, wovon noch weiter unten die Rede seyn wird (Note f).

(d) *L.* 49 *de O. et A.* (44. 7.) *L.* 7 § 1 *depos.* (16. 3.), *L.* 157 § 2 *de R. J.* (50. 17). *L.* 8 § 1 *de fidej. et nomin.* (27. 7.). Eben so geht gegen den Sklaven nach der Manumission nicht die a. depositi ex dolo, obgleich die Delictsklagen gegen ihn gehen. *L.* 1 § 18 *depos.* 16. 3.). — Ein Zweifel entsteht aus § 1 *J. de perpet.* (4. 12.) „aliquando tamen etiam ex contractu actio

Das eigentliche Gebiet aber für die Strafklagen ſind die Obligationen aus Delicten. Dieſe erzeugen insgeſammt Strafklagen, bald zweyſeitige, bald einſeitige. — Nicht wenige darunter beziehen ſich auf ſolche Delicte, die bey Gelegenheit eines Prozeſſes begangen werden. Durch ſtrafbare Handlungen dieſer Art werden bald eigene, ſelbſtſtändige Strafklagen erzeugt (e), bald nur die ohnehin geltenden Klagen durch eine hinzutretende Strafe erweitert (f).

contra heredem non competit, (veluti) cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenerit." Wäre die Leſeart veluti richtig, ſo würde in dieſer Stelle die ganze, in jenen Digeſtenſtellen anerkannte, Rechtsregel verneint. Wird dieſe Leſeart (wie es geſchehen muß) verworfen, ſo ſagt die Stelle nur, daß es Ausnahmen von der Regel gäbe, ohne dieſe ſelbſt zu nennen; ſo lange alſo ſolche Ausnahmen nicht anderwärts nachgewieſen werden, bleibt für uns die Stelle inhaltsleer. Jetzt wiſſen wir nun, daß die Stelle aus einer ungeſchickten Modifikation des Gajus IV § 113 entſtanden iſt. Dieſer hatte einige wirklich unvererbliche Contractsklagen angegeben, die aber in Juſtinians Zeit nicht mehr vorkamen, und deswegen weggelaſſen werden mußten; man wollte nun nicht die ganze Bemerkung fallen laſſen, und verwandelte ſie daher in eine unbeſtimmte Verweiſung auf ſolche ausgenommene Fälle überhaupt, wahrſcheinlich in der Hoffnung, es würden ſich wohl ſolche Fälle in den Digeſten finden. Der Fall des Depoſitum, den ſowohl eine Textvariante, als Theophilus einmiſcht, kann auf keine Weiſe die Schwierigkeit löſen. — Gründlich iſt die ganze Frage behandelt von Francke Beiträge S. 16—26.‖

(e) So z. B. die im zweyten Buch der Digeſten enthaltenen Strafklagen.

(f) Dahin gehören die Klagen, worin lis inficiando crescit in duplum (vgl. Note c.). Dieſe führen nicht ſchon im Allgemeinen den Namen von poenales actiones, weil man es ihnen vor der Anſtellung nicht anſehen kann, ob der Fall der Straferhöhung eintreten werde. — Eben ſo die actio quod metus causa, worin die Straferhöhung nur erſt eintritt, wenn der Beklagte verſäumt, vor dem Urtheil freywillig den Kläger zu befriedigen.

Zwey einzelne Klagen verdienen hier noch eine besondere Erwähnung, weil sie leicht mißverstanden werden können. — Die actio Legis Aquiliae geht zunächst auf Entschädigung, erhält aber einen unbestimmten, blos möglichen, Strafzusatz dadurch, daß dem Kläger gestattet wird, für die Berechnung des Schadens irgend einen früheren, ihm günstigen, Zeitpunkt innerhalb gewisser Zeitgränzen auszusuchen. Durch diese problematische, in den wenigsten Fällen wirksame, Straferhöhung ist die Behandlung der Klage etwas schwankend geworden. Gegen die Erben geht sie, wie eine mixta actio, auf die bloße Bereicherung (g). In der Concurrenz mit anderen Klagen sind durch jene zweydeutige Natur der Klage, theils unbestimmte Äußerungen, theils verschiedene Meynungen der alten Juristen entstanden (h). Dagegen im Verhältniß zu mehreren Verletzern wird sie entschieden als zweyseitige Strafklage, wie die furti actio, behandelt, so daß jeder Theilnehmer das Ganze zahlen soll, ohne durch die frühere Zahlung eines

(g) *L.* 23 § 8 *ad L. Aquil.* (9. 2.). Daraus sind die unbestimmten Stellen zu beschränken, welche die Klage gegen den Erben ganz zu versagen scheinen. *L.* 10 *pr. comm. div.* (10. 3.), § 9 *J. de L. Aquilia* (4. 3.). In dieser letzten Stelle wird die Amplifikation hinzugesetzt: „quae transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis aestimaretur," welches mit der von allen alten Juristen anerkannten Rechtsregel im Widerspruch steht, und blos ein unüberlegter Versuch der Compilatoren zu seyn scheint, die Sache von allen Seiten zu beleuchten. Francke Beiträge S. 30. 41. 44. nimmt aus dieser blos hypothetischen Äußerung ein neues Argument für seine Meynung, nach welcher die civilen Entschädigungsklagen aus Delicten unbeschränkt gegen die Erben gehen sollen. Vgl. aber oben § 211. h.

(h) S. u. § 233. 234.

anderen Theilnehmers befreyt zu werden (i).

Eine auf ähnliche Weise zweydeutige Natur hat die durch die zwölf Tafeln eingeführte Klage auf den doppelten Sachwerth gegen den Vormund, welcher Sachen des Mündels unterschlagen hat. Auf den ersten Blick möchte man sie, wegen der Verdopplung, für eine mixta actio, also für eine zweyseitige Strafklage, halten. Dennoch erscheint sie, wenn mehrere Vormünder concurriren, sogar noch beschränkter, als die actio Legis Aquiliae, indem die Zahlung des einen die übrigen befreyt (k). Um so mehr steht sie mit der condictio furtiva in einem blos electiven Verhältniß, so daß durch die Wahl der einen dieser Klagen die andere ausgeschlossen wird (l); und dasselbe elective Verhältniß besteht auch zwischen ihr und der tutelae actio (m). Dieses Alles erklärt sich daraus, daß der verdoppelte bloße Sachwerth eigentlich nur an die Stelle eines möglichen, den Sachwerth weit übersteigenden, höheren Interesse, tritt (n), so daß also der bestohlene Mündel die Wahl haben soll, sein höheres Interesse entweder unmittelbar zu erweisen, wozu ihm die tutelae actio oder auch

(i) S. u. § 234. d[1].

(k) *L.* 55 § 1 *de administ.* (26. 7.) Die Worte: „et quamvis unus duplum praestiterit, nihilominus etiam alii teneantur?" müssen mit in die vorhergehende Frage gezogen werden, da die verneinende Antwort in der ganzen folgenden Argumentation deutlich enthalten ist.

(l) *L.* 55 § 1 *cit.* (in den Schlußworten), *L.* 2 § 1 *de tutelae* (27. 3.).

(m) *L.* 1 § 21 *de tutelae* (27. 3.) „In tutela *ex una obligatione duas esse actiones* constat" etc.

(n) *L.* 1 § 20 *L.* 2 § 2 *de tutelae* (27.3.).

die condictio furtiva dient, oder durch die Klage auf den doppelten Sachwerth zu verfolgen. Ganz consequent ist es, daß daneben noch die furti actio auf reine Strafe angestellt werden kann (o). Dagegen wird sie gegen den Erben gänzlich versagt, ohne Zweifel weil sie eine mögliche Straferhöhung in sich schließt (p).

Es muß noch besonders gewarnt werden gegen die Verwechslung der Strafklagen mit einigen verwandten Rechtsinstituten. — Die Conventionalstrafen kommen in ihrem Zweck und Erfolg mit den auf allgemeinen Rechtsregeln beruhenden Strafen überein, weshalb auch der Ausdruck poena auf sie unbedenklich angewendet wird. Allein die zu diesem Zweck bey ihnen angewendete Rechtsform ist ein Vertrag, die Klage eine gewöhnliche Contractsklage, und von den Eigenthümlichkeiten der Pönalklagen kann dabey nicht die Rede seyn. Es ist auch in dieser Hinsicht ganz gleichgültig, ob der Strafvertrag durch freye Willkühr herbeygeführt, oder durch eine richterliche Obrigkeit erzwungen worden ist. Daher erzeugten die im Römischen Prozeß so häufigen und wichtigen poenales sponsiones (q)

(o) *L.* 1 § 22 *de tutelae* (27. 3.) „. . nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae, ut quis dicat plures esse actiones ejusdem facti, *sed plures obligationes*: nam et tutelae et furti obligatur." *L* 2 § 1 *eod.*

(p) *L.* 1 § 23 *de tutelae* (27. 3.) „quia poenalis est." Vgl. oben § 211. f. — Nämlich für die reine Entschädigung ist gegen den Erben schon die tutelae actio und die condictio furtiva ausreichend.

(q) Gajus IV. § 13. 94. 141. 162 — 168. 171 — 172. — Es war damit eben so wie mit den praejudiciales *sponsiones*, woraus auch keine praejudiciales *formulae* entsprangen, obgleich

durchaus keine Pönalklagen, ſondern Contractsklagen, weshalb dieſe auch unbeſchränkt gegen die Erben angeſtellt werden konnten.

Ferner dürfen die Strafklagen nicht verwechſelt werden mit den auf Vindicta gerichteten Klagen. Dieſes ſind ſolche Klagen, wobey ein eingeklagtes Vermögensrecht nur als Mittel dient, um einen entfernteren ſittlichen Zweck zu verfolgen. Nur die kleinere Zahl der Strafklagen hat dieſen ganz beſonderen Character; dagegen findet ſich derſelbe ſogar bey der inofficiosi querela, einer Klage die nicht mit dem Namen einer Strafklage belegt werden kann (r).

Zum Schluß iſt noch die Frage zu berühren, ob das Recht der Strafklagen für uns unverändert beſteht. Die einſeitigen Strafklagen, die auf Entſchädigung wegen zugefügter Verletzungen gehen, müſſen natürlich bey uns, wie in jedem poſitiven Recht, anerkannt werden. Ob eine gleiche Behandlung derſelben, wie im Römiſchen Recht, noch jetzt eintrete, iſt bereits oben ausführlich unterſucht worden. — Die Frage nach der Fortdauer der zweyſeitigen Strafklagen läßt ſich auch ſo ausdrücken, ob wir überhaupt noch Privatſtrafen übrig haben? Die genauere Erörterung dieſer Frage muß dem Obligationenrecht vorbehalten bleiben; ſchon hier aber läßt ſich vorläufig der Satz aufſtellen, daß einige Privatſtrafen noch jetzt vorkommen, die meiſten aber völlig verſchwunden ſind.

ſie in ihrem Zweck mit dieſen überein kamen (§. 207. f.) (r) Vgl. Band 2. § 73.

§. 213.

Arten der Klagen. Civiles, honorariae. Ordinariae, extraordinariae.

Ich gehe nun zu denjenigen Eintheilungen der Klagen über, die eine mehr historische Natur haben als die bisher abgehandelten, indem sie sich theils auf die Entstehung dieser Rechtsinstitute, theils auf die alterthümlichen, im neuesten Römischen Recht verschwundenen, Prozeßformen beziehen. Seit der Entdeckung des Gajus lassen sich dieselben weit deutlicher übersehen als zuvor. Besonders der Zustand der Sache zur Zeit der großen juristischen Schriftsteller läßt sich mit ziemlicher Sicherheit feststellen. Über den älteren Zustand freylich, und über dessen allmälige Umbildung, ist aus Mangel an bestimmten Nachrichten ein weites Feld zu Hypothesen übrig; es dürfte aber wohl gerathen sein, auf solche kein großes Gewicht zu legen.

Zunächst ist hier die längst bekannte Eintheilung der Klagen in civiles und honorariae zu bemerken (a); unter den lezten sind die meisten und wichtigsten praetoriae, einige aediliciae. Das Unterscheidende besteht darin, daß

(a) *L.* 25 § 2 *de O. et A.* (44. 7), *L.* 178 § 3 *de V. S.* (50. 16) beide von Ulpian. — Mäcianus sagt: actiones sive *legitimae* sive honorariae. *L.* 32 *pr. ad L. Falc.* (35. 2.). — Gajus IV. § 109 „*ex lege* esse, non esse." Er warnt dabey vor der Verwechslung dieses Gegensatzes mit dem völlig verschiedenen, blos prozessualischen, Gegensatz der *judicia* legitima und quae imperio continentur. — Bey Pomponius (*L.* 2 § 6 *de O. J.* 1. 2) heißen legitimae actiones die alten legis actiones, und eben so bey Gellius XX. 10.

die civiles eine legitima oder civilis *causa* haben, das heißt einen im Civilrecht anerkannten Rechtsgrund, anstatt daß die honorariae von den Prätoren oder Ädilen in Kraft ihrer Jurisdictionsbefugnisse eingeführt waren (b). Darin also darf das Wesen dieser lezten nicht gesezt werden, daß das Edict Formeln für dieselben aufgestellt hatte, denn diese waren für beide Arten der Klagen auf gleiche Weise im Edict zu finden (c). Auf der andern Seite wurden auch die Klagen für solche Fälle, worin schon ein civiles Klagrecht bestanden hatte, honorariae genannt, wenn dieses Klagrecht im Edict zu einem neuen Gegenstand und Erfolg umgebildet worden war; so ist die furti manifesti actio eine prätorische Klage, weil der Prätor eine Geldstrafe für diesen Fall eingeführt hatte, anstatt daß die Strafe des Civilrechts eine ganz andere und weit härtere gewesen war. Die Geldstrafe also hatte keine civilis causa, und daher war die darauf gerichtete Klage honoraria (d).

(b) § 3 *J. de act.* (4. 6.). — Der Grund dieser Eintheilung der Klagen liegt also in dem Gegensatz des *jus* civile und honorarium. Vgl. B. 1 § 22.

(c) Insbesondere würde es unrichtig seyn, bey denjenigen Klagen, welche zwey Formeln im Edict hatten, in jus und in factum, wie die actio depositi und commodati, (Gajus IV. 47) die erste Formel für eine Civilklage, die zweyte für eine prätorische zu halten. Beide waren civil, da sie eine und dieselbe civilis causa hatten, welcher auch gar nicht vom Prätor ein neues Object gegeben worden war; die Fassung beider Formeln aber war gleichmäßig vom Prätor ausgegangen, denn das Civilrecht hatte überhaupt keine anderen Formeln aufgestellt, als die in den alten Legis actiones enthaltenen (§ 205. b.).

(d) Gajus IV. § 111, *pr. J. de perpet.* (4. 12.).

Diese Eintheilung der Klagen durchkreuzt sich mit den vorher dargestellten. Es giebt daher sowohl unter den Civilklagen, als unter den prätorischen, in personam und in rem actiones; Strafklagen, wie erhaltende Klagen.

Nach der älteren Gerichtsverfassung beruhte der ganze Prozeß auf dem *ordo* judiciorum, dessen Wesen darin bestand, daß die gerichtliche Obrigkeit, in Rom die Prätoren, nur die Einleitung der Sache besorgte, das weitere Verfahren aber an Eine oder mehrere Privatpersonen überließ, und diese mit einer Anweisung (formula) versah, auf deren Grund, je nach dem Ausfall der Verhandlungen und Beweise, das Urtheil gesprochen werden sollte; die allgemeinste Benennung dieses commissarischen Urtheilsprechers war Judex, von den dabey vorkommenden Varietäten aber wird noch ferner die Rede seyn.

Allmälig fand man es räthlich, bey einzelnen streitigen Rechtsverhältnissen von dieser Art des Verfahrens abzugehen, so daß die gerichtliche Obrigkeit das ganze Verfahren besorgte und das Urtheil sprach, ohne einen Judex zuzuziehen. Die Benennungen dieses abweichenden Verfahrens waren diese: extraordinaria cognitio oder actio, extraordinarium judicium, persecutio. Daß die Klagen dieser Art bald mit dem Namen actiones belegt, bald davon ausgeschlossen wurden, ist schon oben erwähnt worden (§ 205).

Zur Zeit der großen juristischen Schriftsteller konnte

dieses Verfahren nur erst als eine ziemlich beschränkte Ausnahme angesehen werden. Um die Zeit von Diocletian aber wurde die Gerichtsverfassung völlig umgebildet; der ordo judiciorum verschwand, und es wurden alle Prozeßgeschäfte in der Hand der Obrigkeit vereinigt, so daß nunmehr der ganze Prozeßgang durch extraordinaria judicia betrieben wurde (e). Dieses ist die Gestalt des Gerichtswesens im Justinianischen Recht, und dieselbe findet sich in den allermeisten neueren Staaten, da die Geschwornengerichte, auch wo sie vorkommen, doch meist auf das Criminalverfahren eingeschränkt sind.

Es ist dabey noch das Verhältniß der extraordinaria judicia (solange sie noch eine abgesonderte Art der Klagen bildeten) zu den früher dargestellten Gegensätzen zu erwägen.

Alle uns bekannte extraordinaria judicia waren in personam, keine in rem (f). — Eben so kommen Strafklagen

(e) § 8 *J. de interdictis* (4. 15), *L.* 47 § 1 *de negotiis gestis* (3. 5), ohne Zweifel interpolirt. — Eine einzelne Constitution, wodurch die ganze, höchst wichtige, Veränderung bewirkt worden wäre, besitzen wir nicht, vielleicht war eine solche nicht vorhanden. Die ältesten Bestimmungen finden sich in Cod. Just. II. 58, Cod. Theod. II. 3, *L.* 8 *C. Th. de off. rectoris* (1. 16.). In dem Tit. Cod. Just. III. 3 ist der Übergang dessen, was früher Ausnahme war, zur Regel, sehr sichtbar. — Vgl. Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 1 § 26.

(f) In personam sind die in *L.* 1 *de extr. cogn.* (50. 13) zusammengestellte Klagen; eben so der Anspruch des Fideicommissars gegen den mit dem Fideicommiß belasteten Erben oder Legatar. Gajus II. § 278. Ulpian. XXV. § 12. War eine fideicommissarische Erbschaft durch wörtliche Erklärung des Erben restituirt, so konnte nun allerdings der Fideicommissar in rem klagen gegen die Besitzer von Erbschaftssachen; diese Klage

extra ordinem nicht vor, denn die mulctae, die allerdings von allen höheren Obrigkeiten (nicht blos den gerichtlichen) verhängt werden durften, beruhten gar nicht auf Privatklagen, gehörten also nicht zur Verfolgung eines Privatrechts, zur Entscheidung eines Rechtsstreits, obgleich sie bey Gelegenheit eines solchen eintreten konnten (g). — Endlich scheinen die extraordinariae cognitiones blos auf civilrechtliche Institute bezogen worden zu seyn, nicht auf prätorische (h); wo der Prätor einen neuen Rechtssatz geltend zu machen nöthig fand, geschah es wohl immer in den Formen des ordo judiciorum, also durch formula. Diese Behauptung hängt zusammen mit der Streitfrage, ob die sehr zahlreichen Interdicte, die insgesammt prätorischen Ursprungs waren, unter die ordinaria oder extraordinaria judicia gehörten; der richtigern Meynung nach sind sie unter die ordinaria zu rechnen (i).

---

war aber ein ordinarium judicium, so wie jede andere hereditatis petitio. Tit. Dig. de fid. her. pet. (5. 6.). — Die missio in possessionem gieng allerdings in rem, diese aber war niemals Entscheidung eines Rechtsstreits, sondern eine einseitige provisorische Maasregel, und der Rechtsstreit, der sich daraus entwickeln konnte, war stets ein ordinarium judicium.

(g) Eben so geschah die Execution der Civilurtheile extra ordinem, durch pignus in causa judicati captum; allein Dieses war nicht mehr Entscheidung eines Rechtsstreits, sondern ein Mittel zur Überwindung des Ungehorsams gegen die obrigkeitliche Macht, also im Wesen gleichartig mit der mulcta.

(h) Vgl. die in der Note f. enthaltene Zusammenstellung.

(i) Diese Frage ist ausführlich behandelt in: Savigny Recht des Besitzes §. 34. — Die Benennung actio wird den Interdicten bald beygelegt bald versagt. Vgl. oben §. 205. g. h.

Betrachten wir den zulezt dargeſtellten Gegenſatz von einem allgemeineren Standpunkt, dem der Römiſchen Rechtsgeſchichte überhaupt, ſo erſcheint uns das ordinarium judicium gleichſam als die hiſtoriſche Mitte des Ganzen. In der älteſten Zeit beſtand der ganze Prozeß aus den Legis actiones, in welchen, ſo viel wir wiſſen, keine Inſtruction an einen Juder (formula) vorkam. Darauf folgte der Prozeß der ordinaria judicia, welcher ganz auf den formulae beruhte. Endlich, nachdem dieſe Prozeßform verſchwunden war, beſorgte in dem extraordinarium judicium die Obrigkeit, ohne Juder, das ganze gerichtliche Verfahren, ſo daß nun weder das Bedürfniß, noch die Möglichkeit einer formula vorhanden war. — Jedoch dürfen wir dieſe drey Formen des Prozeſſes nicht ſo denken, als ob ſie der Zeit nach ſtreng geſchieden geweſen wären. Neben dem ordo judiciorum dauerte als Ausnahme die Legis actio sacramenti in den Centumviralprozeſſen fort; eben ſo fiengen in demſelben Zeitraum als Ausnahmen die extraordinaria judicia an, ſo daß die drey Hauptformen des Prozeſſes gleichzeitig neben einander angewendet wurden. Endlich, nachdem die ordinaria judicia als Regel verſchwunden waren, kam doch noch als Ausnahme ein Juder in geringfügigen Sachen vor; es iſt aber nicht daran zu denken, daß in dieſem exceptionellen Verfahren die Umſtändlichkeit der formulae wäre angewendet worden.

§. 214.

Arten der Klagen. Bestandtheile der formula.

Die wichtigsten und schwierigsten Fragen des Römischen Actionenrechts können nur durch die genauere Einsicht in das Wesen der formulae entschieden werden, und diese Einsicht ist erst durch die Entdeckung des Gajus möglich geworden. Nach ihm kommen überhaupt vier Bestandtheile in den Formeln vor, jedoch so daß nur einer derselben ganz allgemein und wesentlich ist: Demonstratio, Intentio, Adjudicatio, Condemnatio (a). Die Adjudicatio können wir für die allgemeine Betrachtung sogleich beseitigen, da sie nur in drey einzelnen Klagen vorkommt (b), und zur Kenntniß des Wesens der Formeln überhaupt wenig beyträgt.

Demonstratio ist ein erzählender, einleitender Theil der formula, worin die Veranlassung des Rechtsstreits erwähnt wurde. Er war besonders dazu bestimmt, für die bekanntesten und häufigsten Klagen den eigenthümlichen Namen derselben auszudrücken, da dieser in den folgenden Theilen nicht vorkommen konnte, deren Inhalt vielmehr mit den allerverschiedensten Klagen vereinbar war. Beyspiele für die

(a) Gajus IV. § 39 – 44. Die stets vorangehende Benennung des Juder (z. B. L. Octavius judex esto. Cicero Verr. II. 12) rechnet er nicht als pars formulae mit.

(b) Familiae erciscundae, Communi dividundo, Finium regundorum. Gajus IV. § 42. Es sind die drey sogenannten Theilungsklagen, welcher Name eigentlich nur den beiden ersten zukommt.

actio venditi, depositi, ex stipulatu, werden Dieſes anſchaulich machen (c).

Quod A. Agerius N. Negidio hominem *vendidit.*

Quod A. Agerius apud N. Negidium hominem *deposuit.*

Quod A. Agerius de N. Negidio incertum *stipulatus est.*

Dieſer erſte Theil kam in ſehr vielen Klagen gewöhnlich gar nicht vor; namentlich nicht bey den in rem actiones (d): eben ſo bey den äußerſt zahlreichen formulae in factum conceptae, bey welchen, wie ſogleich gezeigt werden wird, die Intentio Alles enthielt, was in eine einleitende Demonstratio hätte geſetzt werden können. Nach den beſonderen Umſtänden einzelner Rechtsverhältniſſe konnte der Klage aus Vorſicht eine eigene Beſchränkung gegeben werden, die dann, eben ſo wie die Demonstratio, der Intentio vorangeſchickt wurde. Dieſe führte den beſonderen Namen praescriptio, und war auch bey den in rem actiones anwendbar, obgleich dieſe ohne Demonstratio zu ſeyn pflegten. Gewöhnlich wurde die praescriptio nicht als Demonstratio angeſehen, ſondern als ein beſonderer, der ganzen formula vorangehender Zuſatz; in einigen Fällen aber wurde ſie der wirklichen Demonstratio ſelbſt einverleibt (e).

Intentio heißt der Theil der Formel, worin die Be-

(c) Gajus IV. § 40. 136.

(d) Cicero in Verrem II. 12, und damit übereinſtimmend Gajus IV. § 41.

(e) Von den Präſcriptionen überhaupt handelt Gajus IV. § 130—137: die im Text erwähnte Verſchiedenheit wird bemerkt § 132. 136. 137.

hauptung des Klägers, also zugleich der Grund und die Bedingung der von ihm verlangten Entscheidung ausgedrückt war. Es ist der einzige Theil, welcher in keiner Formel jemals fehlen konnte (f). Weil er nun das wesentlichste Stück der Klage in sich schloß, so wurden auch oft die Ausdrücke intentio und intendere für actio und agere gesezt, ja dieser Sprachgebrauch ist selbst in manchen Stellen des Justinianischen Rechts noch sichtbar geblieben, obgleich der Entstehungsgrund desselben mit den Formeln selbst längst verschwunden war. Jene Behauptung nun enthielt bald unmittelbar das Daseyn eines Rechtsverhältnisses, bald solche Thatsachen, die als Grund eines Rechts angesehen werden sollten. Die Natur dieses Unterschieds wird erst bey einer gleich folgenden Eintheilung der Klagen erklärt, und durch Beyspiele erläutert werden können.

Condemnatio endlich war der praktische Theil der Formel, das heißt die Anweisung an den Juder, wie er unter Voraussetzung der Wahrheit oder Unwahrheit der Intentio das Urtheil fassen sollte. Bey den meisten Klagen war eine solche vorhanden; sie fehlte aber bey den Präjudicialklagen, das heißt bey denjenigen Klagen, wodurch zunächst nur das Daseyn eines Rechtsverhältnisses oder einer Thatsache festgestellt werden sollte, so daß sich der Kläger vorbehielt, in einem künftigen anderen Rechtsstreit von dieser Feststellung Gebrauch zu machen (§ 207. e. f.). Beyspiele der Condemnatio sind folgende (g):

(f) Gajus IV. § 44.

(g) Gajus IV. § 43. 47. 51.

Judex N. Negidium A. Agerio Sestertium X. Millia condemna, si non paret absolve.

Quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N. Negidium A. Agerio condemnato, si non paret absolvito.

Die Schlußworte beziehen ſich auf die Anfangsworte der Intentio, die in den angeführten Beyſpielen ſo lauteten: Si paret, ſo daß alſo der ganze Zuſammenhang des Gedankens dieſer war: Si paret, Negidium Sestertium X. Millia dare oportere, Negidium Sest. X. M. condemna, si non paret absolve, alſo: wenn du nicht finden ſollteſt, daß er dieſe Summe ſchuldig ſey, ſo ſprich ihn frey.

§. 215.

Arten der Klagen. Directae, utiles. Certa, incerta formula.

Auf die Intentio, den weſentlichſten Theil der Formel, bezieht ſich die Eintheilung der Klagen in directae und utiles.

Wenn nämlich ein früherhin beſchränkteres Klagrecht ſpäter auf neue Fälle ausgedehnt werden ſollte, ſo geſchah dieſes ſehr häufig dadurch, daß man die ſchon bekannte Klage unter dem Namen einer utilis actio anwendete (a), und im Gegenſatz dieſer ausgedehnteren Anwendung hieß

(a) *L.* 21 *de praescr. verbis* (19. 5) „Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio (danda) est;" nämlich vorausgeſetzt, daß überhaupt Grund zu einer ſolchen ausgedehnten Anwendung vorhanden iſt. — Vgl. über dieſe Begriffe im Allgemeinen Mühlenbruch Lehre von der Ceſſion § 15.

dann dieſelbe Klage in Anwendung auf diejenigen Fälle, wofür ſie ſchon urſprünglich gelten ſollte, directa oder auch vulgaris (b). Es geſchah aber eine ſolche Ausdehnung beſonders unter der Form von Fictionen, ſo daß man fingirte, ein Kläger, der eigentlich nicht Erbe oder Eigenthümer war, ſey Erbe oder Eigenthümer, und könne deswegen mit demſelben Erfolg klagen, wie es der wirkliche Eigenthümer ohnehin konnte (c). Daher iſt denn utilis actio, der urſprünglichen Bedeutung nach, ſo viel als fictitia, und dieſe gleiche Bedeutung beider Ausdrücke wird durch folgende Zeugniſſe außer Zweifel geſezt. Gajus bezeichnet die auf Fiction gegründeten Klagen einmal als den Gegenſatz der directae (d), in einer anderen Stelle ganz unmittelbar als utiles (e). Ferner wurden die zu

(b) Der Ausdruck vulgaris ſteht in *L.* 46 *de her. inst.* (28. 5.). — Unrichtig haben dieſen Begriff Manche ſo gedacht, als hätte jede ſolche Klage eine ganz eigenthümliche Formel im Edict gehabt. Der weſentliche Theil der Formel (die intentio) war für ſehr viele Klagen völlig gleichlautend (dare oportere, dare facere oportere ex fide bona u. ſ. w.). Das Eigenthümliche der vulgares actiones beſtand vielmehr nur darin, daß in der demonstratio der techniſche Nahme eines bekannten Rechtsgeſchäfts gebraucht wurde, z. B. Quod Agerius fundum *vendidit*, mensam *deposuit* u. ſ w. Dadurch war die Klage als venditi oder depositi actio individuell bezeichnet.

(c) Gajus IV. § 34—38. „ficto se herede agit" ... „fingitur rem usucepisse" ... „civitas ei Romana fingitur" ... „fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse." — Wie in den einzelnen Fällen die Fiction in der Intentio ausgedrückt wurde, zeigen die §§ 36. 37 an mehreren Beyſpielen.

(d) Gajus IV. § 34 „non habet *directas* actiones ... *itaque ficto se herede* intendit."

(e) Gajus IV. § 38 „introducta est contra eum eamve *actio utilis*, rescissa capitis deminutione, *id est in qua fingitur* capite deminutus deminutave non esse."

einer Erbſchaft gehörenden Klagen eigentlich (als directae) nur dem heres gegeben, vermittelſt einer Fiction erhielt ſie ſowohl der Bonorum possessor, als der Fideicommiſſar; in dieſer erweiterten Anwendung aber nennt ſie Gajus utiles, Ulpian fictitiae (f). Von dieſen beiden Namen drückt der eine (fictitia) die dabey angewendete Prozeßform unmittelbar aus, der andere (utilis), bezeichnet mehr das innere Weſen der Sache, nämlich die durch das praktiſche Bedürfniß (utilitas) herbeygeführte Erweiterung eines Rechtsinſtituts (g).

Der Unterſchied dieſer beiden Arten der Klagen lag gar nicht in der Wirkung, die für beide gleich war, ſondern nur in der Faſſung der Formel, oder eigentlich nur desjenigen Theils der Formel, welcher Intentio hieß. Die ganze Eintheilung konnte alſo nur vorkommen bey denjenigen Prozeſſen, worin ein Juder gegeben wurde (§ 213), und nachdem alle Prozeſſe extraordinaria judicia geworden waren, hatte ſie ihre urſprüngliche Bedeutung verloren, ſo daß jezt jedes unmittelbare Intereſſe derſelben verſchwunden war (h). Es erklärt ſich aus dieſer weſentlichen Veränderung, verbunden mit der eben verſuchten genaueren Herleitung der Ausdrücke, warum im Juſtinia-

(f) Gajus II. § 253 (eben ſo § 4 *J. de fid. her.* 2. 23), Ulpian. XXVIII. § 12. Allerdings ſpricht der erſte blos von utiles actiones bey dem Fideicommiß, der zweyte blos von fictitiae bey der bonorum possessio, und man könnte die Gleichartigkeit beider Klagen, die ich hier annehme, etwa noch bezweifeln.

(g) S. o. Band 1 § 15. S. 56 über die Bedeutung von utilitas.

(h) *L.* 47 § 1 *de neg. gestis.* (3, 5), ohne Zweifel interpolirt.

nischen Recht der Ausdruck fictitia actio ganz verschwunden ist, während die Benennung der utiles actiones noch überall vorkommt. Diese hat nun für das Justinianische Recht, und für uns, nur noch eine geschichtliche Bedeutung; sie bringt uns in Erinnerung, daß eine so benannte Klage aus der allmäligen Erweiterung eines früher beschränkteren Rechtsinstituts hervorgegangen ist.

Es ist jedoch kaum zu bezweifeln, daß auch schon im älteren Prozeß diese Erweiterung einer schon bestehenden Klage auf neue Fälle nicht immer als eigentliche Fiction in der Formel ausgedrückt wurde (i). Daher hatte man schon damals neben den utiles actiones, die als Fictionen in der Formel ausgedrückt wurden, auch solche, denen der Name blos in dem materiellen Sinn eines auf neue Fälle erweiterten Rechtsinstituts beygelegt wurde. Insbesondere läßt sich annehmen, daß blos bey alten Civilklagen die Erweiterung durch eine Fiction in der Formel ausgedrückt wurde (k), anstatt daß bey den prätorischen Klagen die Natur der utilis actio in der Fassung der Formel nicht zur Anschauung kam (l).

(i) Mühlenbruch Cession S. 150 der dritten Ausgabe.

(k) Die von Gajus wörtlich angeführten Fälle fingirter einzelner Klagen beziehen sich sämtlich auf alte Civilklagen, die dadurch ausgedehnt werden sollten.

(l) Dahin würde also gehören die utilis Serviana actio. *L.* 1 § 2 *de pign.* (20. 1), *L.* 1 *pr. quib. m. pign.* (20. 6.). Eben so das utile interdictum uti possidetis, unde vi, quod legatorum. Vatic. Fragm. § 90. Von dem zulezt genannten Interdict ist in der angeführten Stelle die formula aufbewahrt, und aus dieser erhält die hier aufgestellte Ansicht eine unmittelbare Bestätigung, da in derselben der Ausdruck

Übrigens finden ſich als utiles actiones ſowohl Klagen in personam, als in rem, ſowohl Pönalklagen, als ſolche die blos das Vermögen nach beiden Seiten hin unverändert erhalten ſollen.

Verſchieden von den Fictionsklagen, die noch im neueſten Recht unter dem Namen von utiles actiones vorkommen, waren diejenigen, die auf der Fiction einer alten Legis actio beruhten, und von welchen im neueſten Recht jede Spur verſchwunden iſt (m).

Bey Gajus kommt der Ausdruck incerta formula vor, welcher auf eine entgegengeſezte certa formula hindeutet (n), und es iſt für die folgende Unterſuchung nicht unwichtig, den hierin zum Grunde liegenden Gegenſatz genau feſtzuſtellen.

Betrachten wir zuerſt die Intentio, ſo werden wir dieſelbe certa nennen müſſen, wenn die Behauptung des Klä-

einer Fiction gar nicht gebraucht wird; der Zweck wird vielmehr dadurch erreicht, daß dem gewöhnlichen Ausdruck: quod .. possides, noch hinzugefügt wird: quodque uteris frueris. — Eben ſo ſind auch die *exceptiones* utiles nicht etwa fictitiae, ſondern erweiterte, ausgedehnte Exceptionen. Vgl. § 227. d.

(m) Gajus IV. § 10. 32. 33. Die Erwähnung dieſer Form von Klagen veranlaßt ihn, die ganze Lehre der alten Legis actiones § 11—31. abzuhandeln.

(n) Gajus IV. § 54. — Wo in unſren Juſtinianiſchen Rechtsbüchern die Ausdrücke incerti agere, incerti actio, incerta actio, incertum judicium vorkommen, da gehen dieſelben meiſt beſtimmt auf die actio praescriptis verbis, welche incerta Intentio und Condemnatio hatte. *L.* 8 *L.* 9 *L.* 16 *de praescr. verbis* (19. 5), *L.* 7 § 2 *de pactis* (2. 14), *L.* 23 *comm. div.* (10. 3), *L.* 6 *C. de rer. perm.* (4. 64), *L.* 9 *C. de don.* (8. 54.).

gers von allen Seiten bestimmt ausgedrückt ist. Beyspiele sind diese: Si paret Stichum meum esse, Si paret N. Negidium X. dare oportere, Si paret, Agerium apud Negidium mensam deposuisse (o). Denn in allen diesen Fällen ist es aus den Worten der Intentio völlig klar und gewiß, was der Kläger will und behauptet. — Dagegen ist incerta diese Intentio: quidquid N. Negidium dare facere oportet, denn es liegt darin die Behauptung, der Beklagte sey irgend Etwas schuldig, der Umfang der Schuld sey aber noch nicht genau anzugeben, und werde daher der Feststellung durch das Verfahren überlassen (p).

Betrachten wir nun ferner die Condemnatio. Bey der incerta Intentio wird immer auch die Condemnatio incerta seyn müssen, und dann werden wir nicht zweifelhaft seyn, auch die ganze Klage incerta zu nennen. — Bey der certa Intentio dagegen sind zwey Fälle möglich. Die Condemnatio kann gleichfalls certa seyn, und dann werden wir nicht zweifeln, die Klage selbst certa zu nennen; so zum Beyspiel in der Formel: Si paret N. Negidium Decem dare debere, Judex N. Negidium Decem condemna (q). — Es kann aber auch die certa Intentio eine incerta Condemnatio mit sich führen, und dieser Fall war deswegen so sehr häufig, weil in der Condemnatio nie

(o) Gajus IV. § 45. 47.
(p) Gajus IV. § 47. 136. 137.
(q) Gajus IV. § 50. Es kam dabey noch folgende Varietät vor. Die certa Condemnatio konnte eine wörtliche Wiederholung der certa Intentio seyn (wie im Fall des angeführten § 50), oder auch davon ganz verschieden lauten; so im Fall des § 46.

etwas Anderes stehen durfte als baares Geld (r), anstatt daß die Intentio sehr viele andere genau bestimmte Gegenstände enthalten konnte. Zum Beyspiel kann die Formel der Eigenthumsklage dienen, worin auf die Intentio: Si paret Stichum A. Agerii esse, diese Condemnatio folgte: quanti ea res erit, tantam pecuniam N. Negidium A. Agerio condemna (s). Diese war incerta, denn es war aus ihren Worten nicht zu erkennen, wie hoch der Juder den Beklagten verurtheilen würde.

Es ist nun vor Allem wichtig, diese Verschiedenheit der Fälle, als wirklich vorkommend, deutlich in's Auge zu fassen. Im älteren Prozeß knüpfte sich daran ein sehr großes praktisches Interesse. War die Intentio certa, so mußte sich der Kläger hüten, Mehr zu fordern als ihm zukam; fehlte er hierin, so verlor er plus petendo auch das, was ihm wirklich gebührte (t). Bey der incerta Intentio war dieser Fehler und die damit verbundene Gefahr unmöglich, da in dem unbestimmten *quidquid* dare oportet niemals eine übertriebene Quantität liegen konnte (u). In der Demonstratio und Condemnatio waren zwar auch Übertreibungen möglich, sie hatten aber niemals jene gefährliche Folge für den Kläger (v).

Bisher wurde blos die Sache betrachtet. Was aber den Ausdruck für den oben erwähnten zweydeutigen Fall

(r) Gajus IV. § 48.

(s) Gajus IV. § 51. Ein anderer Fall von certa Intentio mit incerta Condemnatio wird am Ende des § 68 erwähnt.

(t) Gajus IV. § 53. 60.

(u) Gajus IV. § 54.

(v) Gajus IV. § 57. 58.

(certa Intentio, incerta Condemnatio) betrifft, so hatte man eben so viel Grund, die Klage certa als incerta zu nennen, indem es darauf ankam, ob man hierin die Beschaffenheit der Intentio, oder die der Condemnatio, vorzugsweise berücksichtigen wollte. Nach einer Stelle des Gajus müssen wir annehmen, daß der Ausdruck lediglich auf die Intentio gieng, so daß also in jenem an sich zweydeutigen Fall der Ausdruck certa actio oder formula allerdings gebraucht wurde, ungeachtet der Unbestimmtheit der Condemnatio. Denn Gajus stellt zuerst die Regel auf, bey der auf den Sklaven Stichus gerichteten Klage sey ein plus petere wohl möglich, wenn nämlich die Stipulation auf einen Sklaven überhaupt, nicht auf dieses Individuum, gerichtet war (w). Dann fährt er in folgenden Worten fort: Illud satis apparet, in *incertis formulis* plus peti non posse, quia cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere oporteat intendatur, nemo potest plus intendere (x). Hieraus aber ist es klar, daß er nur diesen letzten Fall (incerta Intentio et Condemnatio) unter dem Namen incerta *formula* versteht, den vorhergehenden Fall aber (certa Intentio, incerta Condemnatio) nicht als incerta, sondern als certa formula ansieht.

(w) Gajus IV. § 53.

(x) Gajus IV. § 54. — Eben so geht bey ihm das certum und incertum *petere* lediglich auf die Intentio, ohne Rücksicht auf die Condemnatio. IV. § 54. 131. Eine andere Frage ist es, was Certum in Anwendung auf die Condictionen bedeutet. Darüber vgl. Beylage XIV. Num. XXXVI. u. fg.

§. 216.

Arten der Klagen. In jus, in factum conceptae.

Die im Edict aufgestellten Formeln waren von zweyerley Art: in jus, in factum conceptae.

Die erste Klasse hatte eine juris civilis intentio, das heißt die Behauptung des Daseyns eines im jus civile gegründeten Rechtsverhältnisses; so bey den Klagen in rem: si paret, fundum (oder hereditatem) Agerii esse, oder: Agerio jus esse utendi fruendi, eundi, aquam ducendi oder: Titium liberum esse (a); bey Contractsklagen: dare, oder dare facere oportere; bey Delictsklagen: damnum decidere oportere (a[1]); in allen diesen Fällen also Daseyn eines Eigenthums, einer Obligation oder eines anderen, durch jus civile anerkannten strengen Rechts. Übrigens war eine solche Intentio bald certa, bald incerta, und die hinzugefügte Condemnatio desgleichen (b).

Die zweyte Klasse hatte zur Intentio die bloße Behauptung von Thatsachen, sie war also in ihrer Fassung ähnlich einer Demonstratio (§. 214), und konnte daher eine eigentliche, abgesonderte Demonstratio gar nicht enthalten,

(a) Nämlich diese Präjudicialklage de statu war die einzige, welche eine legitima causa hatte, die übrigen waren prätorische Klagen; daher konnte auch nur jene eine formula in jus concepta haben. § 13 J. de act. (4. 6.)

(a[1]) Gajus IV. § 37. 45. 107. In diesen Stellen sind die meisten der oben im Text angegebenen Formeln wörtlich enthalten. Vgl. auch Beylage XIV. Num. XX.

(b) Decem dare oportere war certa Intentio, quidquid dare facere oportet war incerta, s. o. § 215.

da der ganze mögliche Inhalt einer solchen schon in die Intentio selbst verschmolzen war (c). Eine solche Intentio war stets certa, da jederzeit bestimmte Thatsachen behauptet werden mußten, hierin also Nichts dem freyen Ermessen des Judex überlassen blieb. Die Condemnatio dagegen war dabey bald certa, bald incerta (d).

Dieser Gegensatz der Klagen fällt nun zunächst zusammen mit dem Gegensatz der civilen und prätorischen Klagen. Denn bey den civilen Klagen war stets eine juris civilis Intentio möglich (e), so daß die Intentio stets in jus concipirt werden konnte. Bey den prätorischen Kla-

(c) Es würde ganz unrichtig seyn, einer solchen Formel, wegen des factischen Ausdrucks, eine bloße Demonstratio zuzuschreiben, ohne Intentio. Denn bey Gajus IV. § 60 wird hier nicht nur der Name Intentio gebraucht, sondern auch die Möglichkeit des Plus petere behauptet, welches doch nach § 53. 58. nur in der Intentio, nie in der Demonstratio, begangen werden konnte. Eben so heißt in *L.* 1 *C. si pign. conv.* (8. 33.) die Hypothekarklage *Intentio* dati pignoris, die doch gewiß nur eine formula in factum concepta hatte. Vgl. Keller Litiscontestation S. 248. 358. — Die vorkommenden Beyspiele einer abgesonderten Demonstratio beziehen sich stets auf eine formula in jus concepta. Gajus IV. § 40. 47. 136. 137.

(d) Certa condemnatio hatte die Klage des Patrons wegen der respectswidrigen in jus vocatio, nämlich nach Gajus IV. § 46. auf 10000 Sesterze, nach dem Justinianischen Recht auf 5000. § 3 *J. de poena tem.* (4. 16.), *L.* 12. 24. 25 *de in j. voc.* (2. 4.); wahrscheinlich ist es bey Gajus bloßer Schreibfehler. — Eben so die Klage de albo corrupto auf 500 aurei. *L.* 7 *pr. de jurisd.* (2. 1.). — Dagegen haben die meisten anderen formulae in factum conceptae eine incerta Condemnatio. So die bey Gajus IV. § 46 angeführte Beyspiele, verglichen mit *L.* 2 § 1 *si quis in jus voc.* (2. 5.), und mit *L.* 5 § 1 *ne quis eum* (2. 7.)

(e) Möglich, aber nicht nothwendig, da bey ihnen eben sowohl eine factische Fassung gerechtfertigt war, wenn man eine solche räthlich fand; daß sie in der That auch vorkam, wird sogleich bemerkt werden.

gen war Dieses nicht möglich, weil sie gar nicht auf einem jetzt schon vorhandenen Recht beruhten, sondern auf der obrigkeitlichen Macht, Kraft welcher der Prätor eine Klage gab, und einen Judex zum Ausspruch eines Urtheils bevollmächtigte, welchem dann dieselbe obrigkeitliche Macht auch die Vollziehung verschaffte (f). Diese Ansicht der Sache wird durch die bestimmtesten Stellen des Römischen Rechts bestätigt. Dahin gehört folgende Stelle des Paulus (g).

> Verbum *oportere* non ad facultatem judicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur.

Das heißt: der in der Intentio vorkommende Ausdruck Oportere darf stets nur von dem gegenwärtigen, wirklichen Daseyn einer civilrechtlichen Schuld verstanden werden, nicht von der Schuld, die durch richterliches Ermessen, vermittelst eines Urtheils, vielleicht entstehen kann. Gesetzt also, es wollte Jemand aus einem Kauf, der stets nur eine incerta Intentio hat, auf Decem dare oportere klagen, so würde er schlechthin abgewiesen werden müssen, ohne Rücksicht darauf, daß bey richtig gefaßter Intentio der Richter vielleicht auf dieselbe, oder eine noch größere Summe, gesprochen haben würde. — Eben so ist es zu

(f) Vgl. Band 1. § 22. S. 117. — Daß alle prätorische Klagen in factum conceptae waren, sagt Gajus nicht ausdrücklich, aber wenigstens sind alle von ihm im § 46 angeführte Beyspiele prätorisch und zugleich in factum conceptae.

(g) *L.* 37 *de V. S.* (50. 16.). — Im Zusammenhang damit steht *L.* 27 *de novat.* (46. 2.), da das officium judicis auch die künftigen Zinsen umfaßt haben würde. Vgl. auch *L.* 76. § 1 *L.* 89. *L.* 125 *de V. O.* (45. 1.)

verstehen, wenn die prätorischen Klagen erklärt werden als actiones quas Praetor *ex sua jurisdictione comparatas* habet (h), oder quae a Praetore *dantur*, im Gegensatz der Klagen quae ipso jure *competunt* (i). Denn obgleich die Thätigkeit des Prätors auch bey den Civilklagen nöthig war, indem nur er einen Judex und eine Klage geben konnte, so war doch dabey jene Thätigkeit eine blos ausführende, das schon vorhandene Recht anerkennende, anstatt daß bey den prätorischen Klagen die Befugniß dazu erst durch des Prätors Macht begründet wurde. — Es würde auch unrichtig seyn, die formula in factum concepta, die hier als allgemeine Eigenschaft aller prätorischen Klagen behauptet worden ist, auf die persönlichen Klagen dieser Klasse beschränken zu wollen, da sie vielmehr auch bey den prätorischen in rem actiones angenommen werden muß (i[1]).

Die hier vorläufig angenommene Identität der beyden Gegensätze (civile und prätorische Klagen, in jus und in factum) muß jedoch auf zwiefache Weise beschränkt wer-

(h) § 5 *J. de act.* (4. 6.)

(i) § 1 *J. de perpet.* (4. 12.). Dieses ist richtig hervorgehoben von Francke Beiträge S. 5.

(i[1]) Die actio vectigalis war ohne Zweifel so gefaßt: Si paret A. A, conduxisse fundum a municipibus (*L.* 1 § 1 *L.* 3 *si ager vect.* 6. 3.); die superficiaria: Si paret, A. A. superficiem in perpetuum (oder: in annos XXX) conduxisse (*L.* 1 *pr.* § 1. 3 *de superf.* 43. 18); die hypothecaria: Si paret, Aulo Agerio rem pignori obligatam esse ab eo, cujus tum in bonis erat, neque redditam pecuniam esse (*L.* 6 *C. si al. res* 8. 16, *L.* 1 *C. si pign.* conv. 8. 34, *L.* 13 § 1 *de Sc. Vell.* 16. 1.). Alle diese Bedingungen gehen auf reine Thatsachen.

den. Erstlich gab es prätorische Klagen, deren Fassung zwar wesentlich in factum war, aber doch einen Übergang zu der Fassung in jus in sich schloß; dieses waren manche der schon oben (§ 215) dargestellten utiles oder fictitiae actiones. Es wird dieses anschaulich werden durch das vollständigste Formular, das von einer solchen Klage, der publiciana actio, bekannt ist.

GAJUS IV. § 36. Iudex esto. Si quem hominem A. Agerius emit (et is) ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret, et reliqua.

Das Wesen dieser Intentio ist die rein thatsächliche Behauptung: Agerius hat den streitigen Sklaven gekauft und tradirt bekommen. Diese hat aber folgenden besonderen Zusatz: der Judex soll zugleich prüfen, ob der durch die Tradition erworbene Besitz so beschaffen war, daß er durch einjährige Fortdauer in Römisches Eigenthum übergegangen seyn würde. Dadurch bekommt die an sich thatsächliche Intentio eine Färbung von jus, spielt also in die in jus concepta hinüber. Bedingung der Condemnation ist eine Thatsache, die jedoch so beschaffen seyn soll, daß sie unter gewissen, jetzt nicht vorhandenen, Voraussetzungen ein wirkliches Recht begründet haben würde.

Zweytens ist schon erwähnt worden, daß die Civilklagen auch einer thatsächlichen Fassung empfänglich waren (Note e). In der That gab es einige, wie es scheint nur wenige, Civilklagen, für welche im Edict zwey Formeln

zur Auswahl aufgestellt waren, in jus und in factum. Gajus giebt von dieser Varietät nur zwey Fälle an, depositi und commodati actio, erläutert aber diese durch vollständige Formulare (k).

Es entsteht aber nun die Frage, ob die Verschiedenheit der Formeln, die in jus oder in factum gefaßt waren, lediglich zum Römischen Gerichtsstyl gehörte, oder ob sich daran auch eigenthümliche Wirkungen knüpften, so daß ein praktisches Interesse damit verbunden war. Ein solches Interesse war wohl allerdings vorhanden, aber geringer, als es neuere Schriftsteller anzunehmen pflegen, so daß es hauptsächlich darauf ankommen wird, die unbegründeten Hypothesen abzuwehren, die sich hier eingedrängt haben. Wären alle Civilklagen stets in jus, und nur die prätorischen in factum gefaßt worden, so ließe sich vielleicht annehmen, es hätte dadurch blos die oben dargestellte allgemeine Verschiedenheit des prätorischen Rechts von dem Civilrecht scharf ausgedrückt werden sollen, ohne verschiedene Folgen für die Parteyen; allein die Aufstellung von zwey Formularen bey manchen Klagen läßt nicht zweifeln, daß es wenigstens in manchen Fällen vortheilhafter für den Kläger seyn mußte, das eine Formular vorzugsweise vor dem andern zu wählen.

Ein ganz isolirter eigenthümlicher Erfolg der in jus

(k) Gajus IV. § 47. 60. In den Digesten finden sich mehrere Stellen, die sich augenscheinlich auf diese formulae in factum conceptae beziehen. *L.* 3 § 1 *commodati* (12. 6.), *L.* 1 § 16 § 40 *depositi* (16. 3.)

gefaßten Formel beſtand darin. Wenn die Klage in personam, zugleich auch ein legitimum judicium, und zugleich in jus gefaßt war, dann war die Klage durch die bloße Anſtellung ipso jure conſumirt, ſo daß ſie nie zum zweytenmal angeſtellt werden konnte; in allen anderen Fällen war eine wiederholte Anſtellung derſelben Klage zwar auch ausgeſchloſſen, aber nicht ipso jure, ſondern durch exceptio rei judicatae oder in judicium deductae (l). Von großer praktiſcher Erheblichkeit war dieſer Unterſchied freylich nicht.

Erheblicher ſchon war es, daß ein in väterlicher Gewalt lebender Sohn, wenn er ſelbſt zu klagen befugt und veranlaßt war, keine intentio in jus concepta aufſtellen konnte, da er nie zu behaupten im Stande war, er ſelbſt ſey Eigenthümer oder Glaubiger. Es ſcheint, daß gerade dieſer Umſtand die Aufſtellung von zwey Formularen zur Auswahl bey manchen Klagen veranlaßt hat. Gewöhnlich alſo klagte man wohl bey der depositi oder commodati actio mit einer formula in jus, wie es der Natur der Civilklagen angemeſſen war, wollte aber ein Sohn in väterlicher Gewalt ſolche Klagen anſtellen (wozu bey ihnen vorzugsweiſe Veranlaſſung für ihn ſeyn konnte), ſo mußte er die Formel in factum wählen (m).

(l) Gajus IV. § 107. Die anderen Fälle alſo, worin jene Exceptionen aushelfen mußten, waren: a) alle in rem actiones b) alle judicia quae imperio continebantur c) alle Prozeſſe mit einer formula in factum concepta.

(m) Vgl. Band 2. § 67. § 71. Note o. und Note t. — Auch zu einer Fictionsklage war ein Sol-

Es ist möglich, daß auch noch andere Wirkungen mit jenem Unterschied der Prozeßform verbunden waren, aber wir kennen solche nicht. Die Wirkungen, die man wohl in neuerer Zeit anzugeben versucht hat, sind ohne Grund, wie nunmehr gezeigt werden soll.

Vor Allem ist die Ansicht zu verwerfen, nach welcher der Gebrauch beider Formeln dadurch bestimmt seyn soll, ob der Streit auf die Wahrheit von Thatsachen gerichtet war (in factum), oder auf die rechtliche Beurtheilung unbestrittener Thatsachen (in jus) (n). Dazu kann höchstens der Klang der Worte verleiten (o), bey genauerer Erwägung muß diese Annahme als völlig unhaltbar erscheinen. Denn die allermeisten Klagen hatten nur Eine formula, und doch hängt es von den zufälligen Umständen jedes einzelnen Rechtsfalles ab, ob gerade Thatsachen bestritten werden oder nicht, so daß, wenn jene Annahme richtig wäre, jede Klage ohne Ausnahme mit zwey Formeln hätte versehen seyn müssen. Und wie hätte es endlich in den sehr zahlreichen Prozessen gehalten werden sol-

cher nicht fähig, denn man konnte z. B. bey der publiciana actio von ihm nicht sagen, daß unter Voraussetzung der vollendeten Usucapionszeit Er Eigenthümer geworden seyn würde; er konnte es in keiner Zeit werden, so lange er filius familias blieb.

(n) Dieses ist die Meynung von Dupont in Comm. IV. Inst. Gaji, Leodii 1821. p. 71—76.

(o) Außer dem in den Worten jus und factum liegenden Schein täuschte noch der Umstand, daß in den beyden Formularen bey Gajus IV. § 47 die Worte Si paret nur für die Formel in factum gebraucht werden. Allein anderwärts kommen dieselben Worte auch bey einer formula in jus concepta vor. Gajus IV. § 34. 41. 86. Cicero pro Roscio Comoedo C. 4.

len, worin über die Thatsache und das Recht zugleich gestritten wird?

Mehr Schein hat die Meynung für sich, nach welcher die Formel in factum gebraucht seyn soll, um dem Beklagten die Möglichkeit der Lossprechung vermittelst freywilliger Restitution offen zu lassen, wozu die Formel in jus keine passende Stelle darzubieten schien (p). Allein diese Meynung wird schon widerlegt durch die Eigenthumsklage, nämlich die petitoria formula, die gewiß in jus war (q), und dennoch stets den vorsorglichen Zusatz nisi restituas hatte (r). Sie wurde dadurch veranlaßt, daß unter den beiden neben einander gestellten Formularen der depositi actio, das in factum jenen Zusatz offenbar hatte, das in jus ihn zu enbehren schien (s). Allein selbst dieser Schein ist durch die Entdeckung verschwunden, daß auch die erwähnte formula in jus concepta der depositi actio jenen schützenden Zusatz allerdings hatte (t).

(p) Keller Litiscontestation S. 358, Hasse a. a. O. S. 33.

(q) Gajus IV. § 45. 92.

(r) Cicero in Verrem II. 12. *L.* 68 *de rei vind.* (6. 1.)

(s) Gajus IV. § 47.

(t) Nämlich bey Gajus IV. § 47. lesen die Ausgaben: Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato * * si non paret absolvito. Da, wo die Lücke bemerkt ist, steht in der Handschrift: N R, welches von Huschke (Studien S. 316) aufgelöst wird durch nisi restituat. Diese höchst glückliche Conjectur wird völlig bestätigt durch *L.* 1 § 21 *depositi* (16. 3.) „. . nec debere absolvi, *nisi restituat* . . . condemnandum te *nisi restituas*." (Vgl. auch *L.* 22 *in f. eod.* *L.* 3. § 3. *commodati* 13. 6.). Dieses sind augenscheinlich wörtliche Anspielungen auf die Fassung der Formel, sogar darin wörtlich zutreffend, daß sie die Einrückung der Worte in die Condemnatio bestätigen. Diese Anspielung paßte

Endlich könnte man glauben, der Unterschied sey in dem höheren oder geringeren Grad juristischer Beurtheilung zu suchen, welcher dem Juder in jenen beiden Arten der Formeln zugemuthet und anvertraut wurde. Bey der depositi formula in jus hatte der Judex zu beurtheilen, ob und wie viel Einer dem Andern schuldig sey (quidquid dare facere oportet), welches ohne einen gewissen Grad von Rechtskenntniß nicht möglich ist. Dagegen hatte er bey derselben Klage, wenn sie in factum concipirt war, zunächst nur die reine Thatsache zu beurtheilen, ob eine Sache deponirt und nicht zurückgegeben sey (mensam deposuisse eamque redditam non esse), und dieses Urtheil ist ohne die geringste Rechtskenntniß möglich; es kommt nur darauf an, aus welchen Elementen die Condemnatio bey dieser letzten Formel bestand. Diese lautete nun so: quanti *ea res erit*, tantam pecuniam condemnato. War das nun so gemeynt, daß stets der reine Sachwerth oder Marktpreis zuerkannt werden sollte, so war auch hier alle juristische Beurtheilung völlig ausgeschlossen, da der Marktpreis von ganz anderen Personen als den Rechtskundigen zu erfahren ist, und dadurch wäre jene versuchte Unterscheidung allerdings bestätigt gewesen. Wenn dagegen der Sinn des quanti res erit nicht in dem Marktpreis,

aber nur auf die Formel in jus, nicht auf die in factum; denn obgleich diese dem Sinn nach Dasselbe ausdrückte, so lauteten doch die Worte anders, nämlich so: eamque dolo malo .. redditam non esse, und diese Worte standen nicht in der Condemnatio, sondern in der Intentio.

ſondern in dem rechtsbegründeten Intereſſe, mit Erwägung aller Umſtände, beſtand, ſo iſt hier dem Judex genau dieſelbe juriſtiſche Beurtheilung, wie bey der Formel in jus, übertragen, da dieſes quanti interest auf dieſelbe Art zu ermitteln iſt, und zu demſelben Erfolg führt, wie das quidquid dare facere oportet, und nur wörtlich davon verſchieden iſt. Nun hat aber in der That jener Ausdruck die zweyte hier angegebene Bedeutung, nicht die erſte (u), ſo daß alſo auch dieſer letzte Verſuch einer durchgreifenden praktiſchen Unterſcheidung jener beiden Arten von Formeln gänzlich aufgegeben werden muß.

Die im Anfang dieſes §. aufgeſtellten Beyſpiele der bey den formulae in jus conceptae üblichen Intentio führen wieder zurück zu dem oben dargeſtellten Gegenſatz der in personam und in rem actiones (§ 206—209). Die in personam enthalten in ihrer Intentio ſtets die Behauptung eines Oportere, bezogen auf die dabey genannte Perſon des Beklagten, das heißt alſo die Behauptung einer auf dieſer Perſon ſchon jetzt laſtenden, durch das jus civile begründeten, Obligation; eben dieſe Eigenthümlichkeit iſt es, die durch den Ausdruck in personam bezeichnet wird. Die Intentio der in rem actio dagegen behauptet ſtets das abſolute Daſeyn eines, gleichfalls durch jus civile begründeten, Rechtsverhältniſſes außer einer ſolchen Obligation. Dieſe Unperſönlichkeit der Intentio iſt es, die hier

(u) Vgl. Beylage XII.

durch den Ausdruck in rem bezeichnet wird (§ 208. a), nicht die Beziehung auf eine bestimmte Sache; diese Beziehung ist gar nicht allgemein und nothwendig, denn es kam nur darauf an, daß nicht der Beklagte als ein zu condemnirender Schuldner ausgedrückt wurde (v).

Hieraus erklärt sich zugleich, auf eine dem alten Formularprozeß eigenthümliche Weise, die bey den Theilungsklagen übliche Benennung: mixtae actiones (§ 209). Die formula derselben war nämlich, mehr als bey anderen Klagen, zusammengesetzt. Sie hatte einen rein persönlichen, auf Obligationen gerichteten, Bestandtheil, mit dare facere oportere ex fide bona; daneben aber noch einen anderen Theil, adjudicatio genannt, welcher so lautete: Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato (w). Dieser Theil war unpersönlich gefaßt, mithin in rem (x); und so mußte man sagen, die Formelfassung dieser Klagen sey zusammengesetzt aus in rem und in personam (y).

Ganz unrichtig aber würde es seyn, diese Bemerkung dahin wenden zu wollen, als wäre der Unterschied der in personam und in rem actiones aus jener Formelfassung

(v) Gajus IV. 87. „cum in rem agitur, nihil in intentione facit ejus persona, cum quo agitur ... tantum enim intenditur, rem actoris esse. Die erste (negative) Hälfte des Satzes bestätigt das hier Gesagte, die zweyte (positive) ist nur Beyspiel, und widerspricht daher meiner Behauptung nicht.

(w) Gajus IV. § 42.

(x) S. o. § 208. a, und § 216. v.

(y) So ist zu verstehen folgende Stelle, die wir wohl nicht mehr in ihrer ursprünglichen Gestalt besitzen mögen: *L.* 22 § 4 *fam. herc.* (10. 2.) „Familiae erciscundae judicium ex duobus constat, id est rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones."

entsprungen, und daher auch, seinem Wesen nach, mit ihr verschwunden, so daß er jetzt als unnütz vermieden werden möchte. Gerade umgekehrt haben sich die Formeln in der angegebenen Weise ausgebildet, um dem in dem inneren Wesen der Sache gegründeten Gegensatz zum angemessenen Ausdruck zu dienen. Auch in unsrem heutigen Recht müssen wir sagen, daß das richterliche Urtheil über eine in rem actio zunächst auf das Daseyn oder Nichtdaseyn eines Rechtsverhältnisses gehe, und nur mittelbar und folgerungsweise auf die Verurtheilung des Beklagten zu bestimmten Leistungen; anstatt daß diese Verurtheilung bey der in rem actio der einzige Inhalt des Erkenntnisses ist. Ja, man kann sagen, daß dieser Unterschied der über beide Hauptarten der Klagen zu fällenden Urtheile im Justinianischen Recht sogar noch schärfer hervortritt, als zur Zeit des früheren Formularprozesses, da nun die Verurtheilung selbst, gleich unmittelbar, auf die Anerkennung des streitigen Rechts gerichtet wird, anstatt daß sie früher stets auf baares Geld zu richten war (§ 215. r), so daß ihr jene Anerkennung nur beyläufig eingemischt werden konnte, etwa als Motiv der auf eine Geldsumme gerichteten Verurtheilung (z).

Bey den formulae in factum conceptae, also bey al-

(z) In dieser indirecten Weise kommt die Anerkennung des Rechts in der in rem actio, schon bey den alten Juristen vor. *L.* 8 § 4 *si serv.* (8. 5.) per sententiam non debet servitus constitui, *sed quae est declarari.*" *L.* 35 § 1 *de R. V.* (6. 1.) „judex sententia *declaravit meum esse.*" Diese, ohne Zweifel unverfälschte, Stellen, haben im Justinianischen und heutigen Recht eine noch un-

len prätorischen Klagen, wurde der Unterschied der in rem und in personam actiones in den Ausdrücken der Intentio nicht sichtbar (aa). Dennoch ist auch bey den prätorischen Klagen dieser Unterschied stets anerkannt worden (bb), und es liegt also darin eine Bestätigung der eben aufgestellten Behauptung, daß dieser Unterschied nicht als eine Folge der verschiedenen Formelfassung (bey der Intentio in jus concepta), sondern vielmehr als Grund derselben, anzusehen ist.

§. 217.

Arten der Klagen. In jus, in factum conceptae. (Forts.)

Bisher war von solchen Formeln in factum die Rede, die schon im Edict aufgestellt waren: die meisten ausschließend für gewisse Rechtsfälle, einige neben Formeln in jus, zur freyen Auswahl des Klägers zwischen beiden Formularen.

Außerdem aber wurden die Formeln dieser Art auch in großer Ausdehnung gebraucht, wo es darauf ankam, für ein neu wahrgenommenes Rechtsverhältniß eine Klage zu erfinden, also in Fällen, wofür das Edict gar keine Formel enthielt, so daß sie zur praktischen Erweiterung

mittelbarere und vollständigere Anwendung, als im Sinn ihrer Verfasser.

(aa) Eine prätorische Klage konnte daher in personam seyn, während der Ausdruck so gefaßt war, daß man sie für eine in rem actio hätte halten können. Vgl. § 208. a.

(bb) *L.* 1 § 1 *si ager vect.* (6. 3), *L.* 1 § 1 *de superfic.* (43. 18.). — Die meisten Präjudicien waren prätorisch (§ 216. a. und § 207. f.) und diese waren insgesammt in rem, wie auch ihre Formel ausgedrückt seyn mochte.

des Rechts dienten. Zu diesem Zweck waren nun solche Formeln sehr brauchbar, da jedes Recht stets auf irgend einer Thatsache beruhen muß, zu jenen Formeln aber nichts Anderes, als der Ausdruck einer Thatsache, mit einem daran geknüpften praktischen Erfolg, erfordert wurde.

Dieses ist nun die wahre Bedeutung der unzähligen, in unsren Rechtsquellen vorkommenden, actiones in factum; es waren Erweiterungen des praktischen Rechts, eingeführt durch formulae in factum conceptae, die gar nicht im Edict standen, sondern durch das Bedürfniß in einzelnen Fällen herbeigeführt wurden. Diejenigen unter ihnen, welche sich auf häufig und gleichförmig wiederkehrende Fälle bezogen, wurden nachher in das Edict aufgenommen, und auf diesem Wege sind wohl alle im Edict stehende prätorische Klagen nach und nach in dasselbe gekommen. Weder in der Abfassung aber, noch in der Wirkung, machte es irgend einen Unterschied, ob eine solche Formel auch schon im Edict stand oder nicht.

So waren also in der That die actiones in factum, die wir in unsren Rechtsquellen so oft finden, mit den erst durch Gajus bekannt gewordenen formulae in factum conceptae Eines und Dasselbe, und diese Identität, die von Manchen mit Unrecht bezweifelt worden ist, wird durch viele Stellen außer Zweifel gesetzt (a). Wenn ein-

(a) Gajus IV. § 106. 107 gebraucht beide Ausdrücke (formula in f. concepta und in factum agere) mit willkührlicher Abwechslung. — Eben so stellt Gajus IV. § 46 viele formulae in factum zusammen, und dieselben Klagen heißen in den Digesten stets ac-

zelne Klagen dieser Art, die besonders häufig und wichtig waren, durch besondere Namen individualisirt wurden, bald nach ihrem Urheber, wie die Serviana des Pfandglaubigers (b), bald nach ihrem Entstehungsgrund, wie die actio doli, quod metus causa, vectigalis, constitutoria, hypothecaria, so geschah Dieses blos wegen der bequemeren Bezeichnung; auch diese Klagen waren und blieben darum nicht minder actiones in factum, oder formulae in factum conceptae.

Die hier aufgestellte Erklärung der actio in factum, in Verbindung mit der dadurch bewirkten praktischen Rechtsentwicklung, findet eine unmittelbare Bestätigung in Zeugnissen der alten Juristen (c). Diese sagen, die judicia prodita, die vulgares actiones (d), hätten für die im wirklichen Leben vorkommende Bedürfnisse nicht ausgereicht, und der Prätor habe daher nachgeholfen durch actiones in factum. Es wird hinzugesetzt, die Fälle eines solchen Bedürfnisses seyen von zweyerley Art: theils ganz neue, bisher gar nicht wahrgenommene, theils solche, die mit den bisher schon durch Civilklagen geschützten Fällen ver-

tiones in factum. *L.* 12 *de in jus voc.* (2. 4) *L.* 25 *pr. de O. et A.* (44. 7.). — *L.* 3 *pr. de eo per quem factum* (2. 10.). — *L.* 5 § 3 *ne quis eum* (2. 7.).

(b) Die Publiciana actio kann dahin nicht gerechnet werden, da sie eine Fictionsklage war (§ 215), also aus in jus und in factum gemischt (§ 216.). Denselben Charakter hatte die Rutiliana, und die für den bonorum emtor eingeführte Serviana. Gajus IV. § 35.

(c) *L.* 1 *pr. L.* 11 *de praescr. verbis* (19. 5.).

(d) Judicia *prodita* sind zunächst die im Edict stehenden, mit stehenden Formeln versehenen, Klagen; indessen erwähnt *L.* 11 *de*

wandt waren, worauf also die Civilklagen nur ausgedehnt zu werden brauchten (e).

Es ergiebt sich hieraus, daß die actiones in factum in ihrem allgemeinen Zweck (der praktischen Rechtserweiterung) mit den oben erklärten utiles actiones überein kamen (§ 215). Wenn also das Bedürfniß einer Klage für neue Fälle entstand, so konnte dieses oft befriedigt werden durch die Einführung einer, an eine alte Civilklage angeschlossenen, Fictionsklage, und dieses waren die eigentlichen utiles actiones. Es konnte aber auch in denselben Fällen, und mit gleicher Wirksamkeit, geschehen durch eine actio in factum. Diese letzte Auskunft war die einzige in den weit zahlreicheren Fällen, worin entweder eine prätorische Klage (die schon selbst in factum war) über ihre ursprüngliche Gränzen ausgedehnt, oder aber eine ganz neue Klage für ein früher gar nicht wahrgenommenes Rechtsverhältniß erfunden werden sollte. Der allgemeine Name utilis actio, als Bezeichnung einer neuen, das Recht erweiternden Klage überhaupt (§ 215), paßte vollkommen auf diese zahlreichen in factum actiones, und damit stimmt es völlig überein, wenn in mehreren Stellen beide Bezeichnungen zu dem Namen einer utilis in factum actio

praescr. verbis (19. 5) auch actiones quae *legibus proditae* sunt. — *Vulgares* actiones sind die bekannten, hergebrachten Klagen, also dem Sinne nach auch die im Edict stehenden. So steht vulgaris für directa (§ 215. a); in *L.* 42 *pr. de furtis* (47. 2) ist es der Gegensatz der actio noxalis, in *Vatic. fragm.* § 102 der Gegensatz von actio de peculio.

(e) *L.* 11 *de praescr. verbis* (19. 5.).

vereinigt werden (f). Eine solche Klage war unstreitig die hypothecaria, als Ausdehnung der ursprünglich für einen sehr beschränkten Fall eingeführten Serviana, und sie heißt daher auch utilis Serviana, oder quasi Serviana.

Bey keiner Klage kommen diese Ausdrücke so häufig und abwechselnd vor, als bey der actio Legis Aquiliae, deren ursprünglich sehr enge Begränzung zu den mannichfaltigsten Ausdehnungen Veranlassung gab. Diese wurden ohne Zweifel oft durch eine eigentliche utilis actio, das heißt, durch eine Fictionsklage, bewirkt (g). Eben so oft

(f) *L.* 26 § 3 *de pactis dot.* (23. 4.). — „Utilis ... in factum." *L.* 7 § 1 *de religiosis* (11. 7) „utilem actionem in factum." — Pleonastisch sind diese Ausdrücke gerade nicht. In der zuletzt angeführten Stelle sagt das utilis, es sey hier die schon im Edict stehende actio de religiosis auf einen neuen Fall ausgedehnt worden; der Zusatz in factum drückt aus, daß nicht etwa der Name utilis im engeren Sinn, für eine Fictionsklage, so verstanden werden dürfe. — Vieles Gute findet sich über das Verhältniß dieser Begriffe bey Mühlenbruch Cession § 15, wo nur zu viele und subtile Unterschiede angenommen werden, anstatt daß bey den Römern selbst die Begriffe und die Ausdrücke viel einfacher genommen zu seyn scheinen.

(g) Wenn der Fructuar der verletzten Sache klagen wollte, der nur eine utilis actio bekommen konnte (*L.* 11 § 10 *ad L. Aquil.* 9. 2), so mag die Formel etwa so gelautet haben: Si paret N. Negidium Stichum servum, in quo ususfructus A. Agerii est, vulnerasse, ejusque rei causa, si is servus A. Agerii ex jure Quiritium esset, damnum decidere oportere, judex quanti ea res plurimi fuit in diebus triginta proximis, tantam pecuniam condemnato, si non paret absolvito. — Eine solche Fictionsklage mochte wohl blos in Fällen der hier bezeichneten Art vorkommen, nämlich in Fällen, worin die Klage dem Nichteigenthümer gestattet wurde, der aber ein jus in re an der verletzten Sache hatte; wenn dagegen die Ausdehnung der Klage in der Beschaffenheit der verletzenden Handlung lag (damnum non corpore datum), so paßte die Form der Fictionsklage nicht. Daß man jedoch den Ausdruck utilis actio auch in diesen letzten Fällen

aber geschah es durch eine in factum actio (h), und es hieng wahrscheinlich meist vom Zufall ab, und war auch für den letzten Erfolg ganz gleichgültig, ob der eine oder der andere Weg eingeschlagen wurde Es ist daher keinesweges als widersprechende oder schwankende Meynung anzusehen, wenn in einem und demselben Fall bald die utilis, bald die in factum actio erwähnt wird (i), da in der That schon zur Zeit des älteren Rechts Beides gleich richtig und für den Erfolg gleichgültig war; nicht zu gedenken, daß vollends im Justinianischen Recht, welches keine Formelnfassung mehr kennt, aller Unterschied nur noch in den Namen liegt.

Von der hier behaupteten Identität der actio in factum mit der formula in factum concepta muß jedoch Eine

brauchte, zeigen die Stellen in Note i.

(h) Gewöhnlich heißt sie blos in factum, zuweilen auch in factum Legi Aquiliae accommodata, oder ad exemplum Legis Aquiliae. *L.* 11 *pr. de praescr. verbis* (19. 5), *L.* 53 *ad L. Aquil.* (9. 2.).

(i) *L.* 51 *de furtis* (47. 2) verglichen mit *L.* 53 *ad L. Aquil* (9. 2.). — *L.* 9 § 3 *ad L. Aquil* (9. 2) verglichen mit *L.* 27 § 34 *eod.*, in welcher lezten Stelle, nach vielen anderen Zeugnissen, hinzugedacht werden muß: *utilem* (L. Aqu. actionem); vgl. § 16 *J. de L. Aqu.* (4. 3.). — Nach dem Schluß der angeführten Institutionenstelle möchte man glauben, es habe zwey ungleichzeitige Stufen von Erweiterungen der a. L. Aquiliae gegeben: 1) durch utilis actio 2) wo auch diese nicht mehr ausreichte, durch in factum actio. Dieser falsche Schein beruht aber nur auf der ungenauen Zusammenfügung der Bestandtheile jener Stelle, welche um so leichter möglich war, da die ganze Sache schon längst im gangbaren Prozeß nicht mehr vorkam. Vgl. oben Band 1. § 45. Note d. Den neueren Juristen hat die angeführte Stelle viele überflüssige Noth gemacht.

entschiedene Ausnahme behauptet werden. Aus den Contracten, die von den Neueren Innominatcontracte genannt zu werden pflegen, entspringen unstreitig Civilklagen, und diese führen, mit ganz willkührlicher Abwechslung, die ihnen allen gemeinschaftlichen Namen: actio praescriptis verbis, und in factum civilis (k). Die Einrichtung dieser Klagen aber war folgende. Zuerst kam eine Demonstratio, die nicht so, wie bey anderen Klagen, den Hergang blos kurz andeutete (l), sondern ganz ausführlich, mit allen Umständen, erzählte, und eben dadurch das Klagrecht begründete (m). Da dieses eine wahre Demonstratio war, also vor der Intentio stand, so erklärt sich daraus der Name *praescriptis* verbis, der hier, wie bey den praescriptiones, nur zu dieser Stellung in der Formel passen

(k) In factum civilis. *L.* 1 § 1. 2 *L.* 5 § 2 *de praescr. verb.* (19. 5.). — Ist identisch mit praescriptis verbis. *L.* 1 § 2 *L.* 2 *pr. L.* 13 § 1 *L.* 22 *pr. L.* 24 *eod.*

(l) Diese Gestalt der bey anderen Klagen vorkommenden Demonstratio erhellt aus Gajus IV. § 36. 47. 136. 137.

(m) *L.* 6 *C. de transact.* (2. 4) „. . Aut enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulátu actio competit: aut, si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae *praescriptis verbis rem gestam demonstrat,* danda est." Demonstrat ist die unmittelbare Bezeichnung der Demonstratio, das Wesentliche aber liegt in dem rem gestam, das heißt der Erzählung aller einzelnen Thatsachen, so wie sie vorgefallen sind. — Großen Anstoß hat hier von jeher der Ausdruck *utilis* actio erregt, den man etwas gewaltsam in *civilis* hat emendiren wollen. Die natürlichste Erklärung ist wohl die. Man nahm früher an, daß der Innominatcontract in der (eben hier vorausgesetzten) Form facio ut des keine Civilklage hervorbringe (*L.* 5 § 3 *de praescr. verb.* 19. 5.). Indem nun hier dennoch eine solche Klage zugelassen wird, war diese eine utilis actio im Vergleich mit der früher beschränkteren Anwendung der Klage. Elvers neue Themis B. 1 S. 366.

konnte (n). Der Name in factum erklärt ſich aus der ausführlichen Erzählung der Thatſachen, wodurch dieſe Art der Klagen mit den formulae in factum *conceptae* Ähnlichkeit hatte, und zwar insbeſondere mit denjenigen unter ihnen, welche nicht ſchon im Edict ſpeciell aufgeſtellt waren, ſondern für das Bedürfniß vorkommender Fälle jedesmal neu erfunden wurden.

Hierauf folgte nun die auch bey vielen anderen Klagen übliche, ganz unbeſtimmte, Intentio in jus concepta: Quidquid eum ob eam rem dare facere oportet. Von ihr führt die Klage in ſehr vielen Stellen bald den Namen incerti actio, (wegen des unbeſtimmten Quidquid), bald civilis (wegen der juris civilis oder in jus Intentio), bald beide Namen vereinigt (o); einmal ſogar geradezu den Namen: civilis *intentio* incerti (p), welche Bezeichnung allein ſchon hinreicht, um jeden Zweifel über die Natur dieſer Formel zu beſeitigen. Ja auch ſchon der Name *incerti* actio würde keinen Sinn haben, wenn man jene Klage für eine formula in factum concepta halten wollte,

(n) Dieſes iſt richtig bemerkt von Haſſe a. a. O., S. 44.

(o) Civilis, ſ. o. Note k. — Incerti. *L.* 8 *L.* 9 *pr. de praescr. verb.* (19. 5), *L.* 19 § 2 *de prec.* (43. 26), *L.* 9 *C. de don.* (8. 54.). — Civilis incerti oder incerta. *L.* 7 § 2 *de pactis* (2. 14), *L.* 16 *de praescr. verb.* (19. 5), *L.* 23 *comm. div.* (10. 3), *L.* 6 *C. de rer. perm.* (4. 64.). — In der angeführten *L.* 19 § 2 *de prec.* ließt die Florentina: incerti *condictione*, ohne Zweifel unrichtig; die richtige Bononienſis: incerta *actione* ſteht im Cod. Rehd., in meiner Handſchrift, und in den Ausgaben: Rom. 1476. Norimb. 1483. Venet. 1483. Venet. 1485.

(p) *L.* 6 *pr. de praescr. verbis* (19. 5) „civili intentione incerti."

da die Erzählung, die nun die Intentio gebildet haben würde (§ 216), durchaus keine Unbestimmtheit in sich schließt.

Es ergiebt sich hieraus, daß diese actio in factum civilis in der That eine formula in jus concepta hatte, so leicht auch der Name über diesen Punkt täuschen kann (q). Zu dem schon aus dem Zusammenhang der angeführten Stellen für die Richtigkeit dieser Behauptung hervorgehenden Beweise kommen nun noch folgende einzelne bestätigende Zeugnisse hinzu. — Nach den Institutionen ist die hier erwähnte Klage bonae fidei (r); wir wissen aber aus Gajus, daß die mit diesem Character versehenen Klagen eine Intentio in jus concepta hatten in folgender Fassung: Quidquid eum dare facere oportet *ex fide bona* (s); die Intentio in factum concepta war zu diesem Zusatz, worauf sich doch der Name jener Klasse von Klagen gründete, durchaus nicht geeignet (t). — Wenn Sejus dem Titius den Sklaven Stichus gab, damit Titius den Sklaven Pamphilus frey lasse, Titius auch seine Verbindlichkeit

(q) Die hier aufgestellte Lehre ist schon von Anderen auf überzeugende Weise vorgetragen worden. Keller Litiscontestation S. 252. 253. Hasse a. a. O., S. 41 — 46. G. E. Heimbach Bedeutung der in factum actio in Linde's Zeitschrift B. 11 S. 285 fg. — Vorsichtig gewählt war allerdings der Ausdruck in factum civilis nicht, da er so leicht zu der Verwechslung dieser Klagen mit der formula in factum concepta einiger Civilklagen (§ 216. k) verleiten konnte, womit sie doch in der That gar Nichts gemein hatten.

(r) § 28 J. de act. (4. 6.).

(s) Gajus IV. § 47.

(t) Die Worte ex fide bona enthalten die nähere Bestimmung und Einschränkung des oportet, das heißt des in der Verpflichtung liegenden Rechtsverhältnisses; dagegen hätte es keinen Sinn gehabt, der reinen Thatsache: Si paret Agerium mensam deposuisse den Zusatz ex fide bona zu geben.

erfüllte, und ihm nun der Sklave von einem Dritten evincirt wurde, ſo fragte es ſich, welche Entſchädigungsklage Titius gegen Sejus wegen dieſer Eviction habe. Der Juriſt Julian fand eine in factum actio nöthig; darüber wird er von Maurician und Ulpian getadelt, weil die regelmäßige civilis incerti actio für dieſen Zweck zuläſſig, alſo die Aushülfe durch eine in factum actio nicht nöthig ſey (u). Der Gegenſatz, welcher dieſem Tadel zum Grunde liegt, hat augenſcheinlich den Sinn, daß die Civilklage, die Ulpian für zuläſſig und ausreichend erklärt, eine Intentio in jus concepta hatte; wäre auch ſie in factum concepta geweſen, ſo war gar kein wahrer Gegenſatz gegen die Meynung des Julian vorhanden, alſo auch keine Veranlaſſung zum Tadel (v). — Endlich bezeugt ein Scholiaſt zu den Baſiliken ausdrücklich, daß die Klagen, von welchen hier die Rede iſt, außer der Demonstratio noch eine beſondere Intentio hatten, worauf endlich die Condemnatio folgte (w).

(u) *L.* 7 § 2 *de pactis* (2. 14) „.. Et ideo puto, recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus: Julianus scribit in factum actionem a Praetore dandam: ille ait, civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere."

(v) Der bloße Gegenſatz der Civilklage und der prätoriſchen an ſich ſelbſt kann nicht gemeynt ſeyn, da dieſer in der Formel gar nicht ſichtbar wurde; die Abfaſſung der Intentio (in jus oder in factum) konnte allein einen ſichtbaren Unterſchied darbieten, und zu einem Tadel Gelegenheit geben.

(w) Schol. Basil. Vol. 1 p. 559. 560 ed. Heimbach; vgl. A. E. Heimbach a. a. O., S. 290.

§. 218.

Arten der Klagen. Judicia, arbitria. Stricti juris, bonae fidei (*).

Die bisher versuchte Darstellung der älteren Klagformen sollte den Weg bahnen zum Verständniß einiger Arten der Klagen, deren wichtige Verschiedenheiten noch im Justinianischen Recht sehr häufig erwähnt werden. Es sind dieses die stricti juris und bonae fidei actiones, die Condictionen, und die arbitrariae actiones.

Cicero sagt, es gebe überhaupt zweyerley Klagen, judicia und arbitria (a). In jenen werde der Rechtsstreit streng und buchstäblich behandelt, in diesen milde und mit freyer Rücksicht auf Billigkeit. Gleich nachher scheint er denselben Gegensatz durch die Ausdrücke judicia legitima und arbitria honoraria zu bezeichnen (b). In anderen

(*) Vgl. hierüber im Allgemeinen die Beylagen XIII. XIV. Es dürfte zum leichteren Verständniß der Sache beytragen, die ausführlichen Beylagen zuerst zu lesen, da die zusammengedrängte Darstellung in diesem und den folgenden Paragraphen, ihrer Natur nach, weniger faßlich ausfallen muß.

(a) Cicero pro Roscio Comoedo C. 5 „Aliud est judicium, aliud arbitrium ... Quid est in judicio? directum, asperum, simplex: Si paret HS. IOOO dari oportere .. Quid est in arbitrio? mite, moderatum: Quantum aequius et melius, id dari.

(b) Cicero ib. C. 5 „perinde ac si in hanc formulam omnia *judicia legitima*, omnia *arbitria honoraria*, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus." Diese rhetorische Stelle macht offenbar keinen Anspruch auf wissenschaftliche Präcision, der Sinn aber ist dieser: „alle judicia, das heißt die Civilklagen, eben so alle arbitria, das heißt die prätorische Klagen." Die Beywörter haben also eine erklärende, nicht ein-

Stellen bezeichnet er solche Klagen, die gewiß unter die angeführten arbitria gehören, als judicia (oder arbitria), in quibus *ex fide bona* est additum, das heißt deren formula die hier angegebenen Worte, oder auch andere von ähnlichem Sinn, als characteristischen Zusatz in sich schlössen (c).

Ganz derselbe Gegensatz, auch in gleicher Allgemeinheit, wird einmal von Seneca erwähnt, hier aber mit einer sehr wichtigen näheren Bestimmung, die über die angeführten Ausdrücke Aufschluß giebt, und die nur zufällig bey Cicero nicht ausgedrückt ist (d). Es wurden nämlich

schränkende Bedeutung, und es ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß es auch sehr viele und wichtige Civilklagen gab, die arbitria waren, wie sogleich aus anderen Stellen des Cicero bemerkt werden wird. Ganz verwerflich würde es seyn, diese judicia legitima, deren Bedeutung durch den Gegensatz der arbitria honoraria unzweifelhaft wird, mit den legitimis judiciis bey Gajus IV. § 103—105 in irgend eine Verbindung zu bringen; Gajus selbst hat im § 109 jeder hierin möglichen Verwechslung sorgfältig vorgebaut.

(c) Cicero top. C. 17 „In omnibus igitur iis *judiciis*, in quibus *ex fide bona est additum*: ubi vero etiam *ut inter bonos bene agier*: in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est: *quid aequius melius.*" — Cicero de offic. III. 15 „*judiciis* in quibus additur *ex fide bona;*" III. 17 „in omnibus iis *arbitriis*, in quibus adderetur *ex fide bona.*"

(d) Seneca de beneficiis III. 7 „Ideo melior videtur conditio causae bonae si ad *judicem*, quam si ad *arbitrum* mittatur: quia illum *formula includit*, et certos quos non excedat terminos ponit; hujus *libera, et nullis adstricta vinculis religio*, et detrahere aliquid potest et adjicere ..... ubi id, de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad haec sumi *judex ex turba selectorum, quem census in album, et equestris hereditas misit.*" — Merkwürdigerweise hat sich die wörtliche Erwähnung dieses Unterschieds in der Person der Urtheiler noch in einer Stelle von Justinians Institutionen erhalten, obgleich sie hier keinen Sinn mehr hatte. § 1 *J. de act.*

periodisch Listen besonders ausgewählter Richter verfertigt und öffentlich aufgestellt (das album). Dabey waren öftere Veränderungen wahrzunehmen theils in der Anzahl, theils in den Bürgerklassen, woraus die Richter ausschließend genommen werden mußten (e). Die Person des Urtheilers stand nun mit jener Verschiedenheit der Klagen in der Verbindung, daß das judicium nur vor einem aus dem album genommenen Juder möglich war, anstatt daß über ein arbitrium zu urtheilen Jeder berufen werden konnte, ohne Unterschied ob er im album stand oder nicht (f). Über

(4. 6.). „Omnium actionum, quibus inter aliquos *apud judices arbitrosve* de quacumque re quaeritur" etc.

(e) Vgl. Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 §10.

(f) Cicero pro Cluentio C. 43 sagt, alle Judices erhielten ihre Gewalt nur durch die freye Einstimmung der Parteyen; mit der Allgemeinheit dieses Satzes sind aber doch Verschiedenheiten in der Art und dem Grad dieser mitwirkenden Einstimmung wohl vereinbar. Wenn in dem judicium der Prätor oder das Loos eine Anzahl Namen aus dem album auswählte, und nun jede Partey eine bestimmte Quote derselben verwerfen konnte, so lag schon darin eine gewisse Einstimmung in die Übrigbleibenden, aus welchen dann vielleicht Einer durch das Gutdünken des Prätors zum Juder ernannt wurde; dagegen kam vielleicht bey dem arbitrium eine positive und individuelle Übereinkunft vor, worauf zu deuten scheint *L.* 57 *de re jud.* (42. 1) Valer. Max. II. 8. 2. — Wahrscheinlich ernannte der Kläger den arbiter, welchen dann der Beklagte verwerfen konnte. Valer. Max. VIII. 1. 2. „Calpurnius .. Catonem .. arbitrum Claudio *addixit.*" Doch heißt es in derselben Geschichte bey Cicero de off. III. 16 adegit, und eben so pro Roscio 9. Dagegen sagt auch Cicero de or. II. 65. 70 judicem alicui *ferre.* — Ganz irrig würde es seyn, sich die Sache so vorzustellen, als wären die im album verzeichneten Richter gerade die Besseren, Zuverlässigeren gewesen, so daß man sich bey den arbitriis mit Geringeren begnügt hätte. Je nach dem Übergewicht der politischen Parteyen wurden öfter gerade die Vornehmsten vom album ausgeschlossen; ferner wurden ohne Zweifel die zahlreichen Obrigkeiten des lau-

den Sprachgebrauch aber ist zu bemerken, daß die Ausdrücke judex und judicium mit willkührlicher Abwechslung gebraucht werden, bald um allein das oben beschriebene judicium im engeren Sinn zu bezeichnen (Note a. b. d), bald als generische Bezeichnung, unter welcher auch die arbitria begriffen sind (g). Ein ähnliches Schwanken kommt bey den Ausdrücken arbiter und arbitrium nicht vor, welche ganz gewiß nur bey den Prozessen der freyeren Art gebraucht werden (h).

Fassen wir dieses Alles zusammen, so gab es im alten Prozeß zweyerley Klagen, die wir, der Kürze wegen, strenge und freye nennen wollen. Die Verschiedenheit im Verfahren, das heißt die mehr oder weniger freye Macht, die dem urtheilenden Juder überlassen war, hieng aber zusammen mit der persönlichen Eigenschaft desselben,

fenden Jahres, die doch stets arbitri seyn konnten, nicht in das album gesetzt; endlich durfte der arbiter eben sowohl aus dem album, als außer demselben, gewählt werden.

(g) Dieses erhellt ganz klar aus den Stellen des Cicero Note c. Ferner gebraucht Gajus IV. § 163 die Ausdrücke judex und arbiter ganz abwechslend, vielleicht dem bloßen Wohllaut folgend (z. B. judicis arbitrio). In den Formeln derjenigen Klagen, die gewiß arbitria waren, kommt stets judex esto vor, nie arbiter esto; nur bey Mehreren heißt es: recuperatores sunto (Gajus IV. § 46. 47.), nicht: judices oder arbitri sunto. Es war also nicht etwa nachlässiger Sprachgebrauch der Schriftsteller, sondern die herrschende Gerichtssprache. Wenn daher gestritten wurde, ob es besser sey judex oder arbiter zu sagen (Cicero pro Murena C. 12), so darf diesem Streit wohl nur eine theoretische, sprachverbessernde, Bedeutung zugeschrieben werden.

(h) In ganz anderer Beziehung freylich ist auch der Ausdruck arbiter zweydeutig, indem er nicht blos den Urtheiler in einer freyen Klage, sondern auch den außergerichtlichen Schiedsrichter bezeichnet.

indem er bey den strengen Klagen nur aus dem öffentlich aufgestellten Richterverzeichniß, bey den freyen aber ohne diese Einschränkung gewählt werden durfte.

Merkwürdigerweise kommt die hier dargestellte Eintheilung der Klagen in dieser Allgemeinheit, wörtlich anerkannt, in dem ganzen Umfang unsrer Rechtsquellen nicht vor; sie erscheint jedoch hier, sorgfältig ausgebildet, in einem engeren Kreise von Klagen, als stricti juris und bonae fidei actiones. Es würde unrichtig seyn, deshalb anzunehmen, daß sie sich überhaupt in diesen engeren Kreis zurückgezogen hätte, und für die übrigen Klagen verschwunden wäre; vielmehr wird unten gezeigt werden, daß sie ihre allgemeine Bedeutung und Wichtigkeit während des ordo judiciorum stets behauptet hat, so daß die eingetretene Veränderung mehr den vorherrschenden Sprachgebrauch, als die Sache selbst, betroffen zu haben scheint.

Um nun diesen wichtigen Gegensatz, so wie er in unsren Rechtsquellen erscheint, vollständig zur Anschauung zu bringen, ist es nöthig, eine Übersicht aller Klagen voran zu stellen, und dabey vorläufig zu bemerken, wie sich dieselben zu jenem Gegensatz verhalten. Die genauere Erörterung dieser vorläufigen Behauptungen wird dann der Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen seyn. Es gründet sich aber die folgende tabellarische Übersicht auf die schon entwickelten Begriffe der civilen und prätorischen Klagen (§ 213), der Klagen in rem und in personam (§ 206—209),

endlich der aus Delicten entſpringenden oder Pönalklagen (§ 210—212.).

I. Civiles actiones.

1. In personam.

A. Aus Rechtsgeſchäften (Contracten und Quaſicontracten) (i). Auf dieſe allein bezieht ſich die Eintheilung in:

a. Stricti juris, auch condictiones genannt. Sie ſind ſtrenge Klagen (judicia).

b. Bonae fidei. Sie ſind freye Klagen (arbitria).

B. Aus Delicten, alſo Pönalklagen. Sie ſind Judicia.

2. In rem. Insgeſammt arbitria.

II. Honorariae actiones. Insgeſammt arbitria, ohne Unterſchied ob ſie in rem oder in personam ſind, und ob dieſe letzten aus Rechtsgeſchäften oder aus Delicten entſpringen.

Es beſchränkt ſich demnach der Gegenſatz der stricti juris und bonae fidei actiones auf den engeren Kreis derjenigen Civilklagen, welche in personam ſind, und zugleich

(i) Es iſt alſo derſelbe Begriff, welcher auch ſchon bey den Römern durch den gemeinſamen Namen contractus bezeichnet wird. Vgl. *L.* 23 *de R. J.* (50. 17.). Man darf ſich nicht durch Streben nach Vollſtändigkeit verleiten laſſen, nun auch den unten folgenden Delicten die Quaſidelicte zu coordiniren; denn theils ſind dieſe ſehr unbedeutend, anſtatt daß die Quaſicontracte zahlreich und wichtig ſind, theils finden ſich darunter keine dem alten Civilrecht angehörende Fälle; ſie erzeugen nur prätoriſche Klagen.

aus Rechtsgeschäften entspringen. Allen übrigen Klagen dürfen jene Namen nicht beygelegt werden, allein der praktische Character, welcher sie unterscheidet, indem die einen strenge, die anderen freye Klagen sind, findet sich bey allen übrigen Klagen wieder, und zwar dergestalt, daß die allermeisten derselben unter die freyen, nur sehr wenige unter die strengen Klagen gehören.

Da übrigens der ganze hier behandelte Gegensatz vorzugsweise auf die Beschaffenheit und die Macht des Juder Beziehung hatte, so versteht es sich von selbst, daß derselbe nur für die ordinaria judicia Bedeutung haben konnte, indem in den extraordinariis ein von der Obrigkeit verschiedener Juder gar nicht vorkam.

§. 219.

Arten der Klagen. Stricti juris (Condictiones), bonae fidei.

Als Mittelpunkt dieses ganzen Klagensystems sind die persönlichen Civilklagen aus Rechtsgeschäften zu betrachten, so daß sich die bestimmtesten und reichhaltigsten Kunstausdrücke ausschließend auf sie beziehen, die übrigen Klagen aber nach ihrer Analogie behandelt werden.

Jenen contractlichen Civilklagen liegt aber folgender Gedanke zum Grunde. Das erste und dringendste Bedürfniß für den geordneten Rechtszustand ist der richterliche Schutz des Eigenthums und der ihm verwandten Rechte. Der in diesem Schutz des Berechtigten begründete Zwang

gegen die Freyheit der Andern äußert sich abwehrend, wiederherstellend, also auf eine meist negative Weise. Auch wird diese Art des Schutzes großentheils hinreichen, um in dem Verkehr der Menschen unter einander eine rechtliche Ordnung zu erhalten; soweit er hinreicht, bedarf es eines Zwanges zu positiven Handlungen nicht, und soll dieser dennoch angewendet werden, so kann die Rechtfertigung desselben nur in der besonders nachgewiesenen Unentbehrlichkeit liegen.

Wenn zum Beyspiel Einer sein Haus vermiethet, und der Miether die Rückgabe verweigert, so kann zum Schutz gegen dieses Unrecht schon die Eigenthumsklage genügen. Gegen die Verweigerung des Miethgeldes freylich schützt diese Klage nicht, und dadurch wird dennoch eine wohlbegründete Erwartung des Vermiethers gestört; eben so verhält es sich mit dem Inhalt der meisten anderen Verträge. Diese Erwartungen nun stehen zunächst unter dem Schutz der bey rechtlichen Menschen geltenden Sitte, und dieser Schutz, selbst ohne äußere Unterstützung, ist stärker, als man in blos juristischer Betrachtung anzunehmen geneigt seyn mag. Es ist hier nicht die Rede von edler Gesinnung, Grosmuth, Aufopferung, auf welche durchschnittlich zu rechnen nie gerathen seyn möchte; zur Beobachtung jener Sitte kann schon verständige Selbstsucht antreiben, da auf ihr das schwer zu entbehrende Zutrauen Anderer beruht. Wir bezeichnen diesen Zustand als Treue und Glauben, die Römer nennen ihn bona fides.

Von diesem Standpunkt aus können wir sagen: die Erhaltung unsres Vermögens wird uns durch die Eigenthumsklage gesichert, die Erwartung, die wir von der Handlung eines Andern zu fassen in Folge seiner eigenen Erklärung berechtigt sind, wird gesichert durch Treue und Glauben.

Dennoch reichen wir damit nicht aus, wie mäßig auch unsre Ansprüche an die äußere Unterstützung des Rechtszustandes seyn mögen. Zwar wenn ich dem Andern mein Haus vermiethe, so schützt mich gegen Verminderung meines Vermögens, unabhängig von seiner Redlichkeit, die Vindication; wenn ich ihm aber Geld leihe, schützt sie mich nicht. Indem ich ihm das Eigenthum des Geldes überließ, habe ich zu seinem Vortheil freywillig auf den Schutz durch Vindication verzichtet; zahlt er nun das Geld nicht zurück, so wird mir nicht blos, wie bey dem verweigerten Miethgeld, eine Erwartung gestört, sondern mein ursprüngliches Vermögen ist bleibend vermindert, und zwar lediglich in Folge des von mir gewährten höheren Vertrauens. Dieses höhere Vertrauen führt also eine größere Gefahr mit sich, und Beide vereinigt geben mir den Anspruch auf strengen richterlichen Schutz, ähnlich dem Schutz des Eigenthums.

Das Darlehen ist der einfachste, einleuchtendste Fall der Unentbehrlichkeit eines solchen Schutzes durch persönliche Klage; allein an denselben reihen sich, in natürlicher Entwicklung, andere verwandte Fälle an, die daher eines

gleichartigen Schutzes theilhaftig werden müssen. Denn der abstracte Grund, weshalb hier dem Darlehen ein Schutz höherer Art als anderen Verträgen gewährt wurde, lag in dem Umstand, daß ohne diesen Schutz mein Vermögen zum Vortheil eines Andern ohne Rechtsgrund vermindert seyn würde; consequenterweise werden wir also auch in anderen Fällen, worin nur dieses abstracte Verhältniß wahrgenommen wird, denselben Schutz zu gestatten haben. So geschieht es in der That, wenn mein Eigenthum den andern bereichert, nicht in Folge meines ihm gewährten Vertrauens, wohl aber in Folge einer irrigen Handlung (condictio indebiti), oder in Folge eigenmächtiger Handlung des Bereicherten, oder auch eines bloßen Zufalls. Vermittelst dieser natürlichen Entwicklung sind mit der Klage aus dem Darlehen auf gleiche Linie gestellt worden die condictio indebiti, sine causa, furtiva u. s. w. (a).

Eine zweyte, schon etwas künstlichere, Erweiterung jenes Schutzes liegt auf folgendem Wege. Wenn zwischen mir und einem Andern ein Rechtsverhältniß der Art besteht, welche an sich nur durch Treue und Glauben geschützt zu seyn pflegt, wir einigen uns aber dahin, daß dafür unter uns ein strenger richterlicher Schutz gelten soll, gleichartig dem, welcher durch das anvertraute Eigenthum von selbst entsteht, so kann es nur zur Förderung und Belebung des Verkehrs gereichen, daß eine solche Einigung

(a) Beylage XIV. Num. IV—VIII.

Wirksamkeit erhalte. Es wird dann nur darauf ankommen, solche Formen anzuwenden, wodurch das Daseyn und der Ernst jener Einigung außer Zweifel gesetzt werde. Die natürlichste Einrichtung einer solchen Form wird darauf gerichtet seyn, daß die innere Verwandschaft mit den oben dargestellten Fällen, insbesondere mit dem Darlehen, sichtbar hervortrete. Hierauf beruht die mit dem Darlehen völlig gleichartige Wirkung der expensilatio und stipulatio, so wie der alten nexi obligatio (b).

Nun aber ist es nöthig, diejenigen Rechtsgeschäfte, von welchen oben gesagt wurde, daß sie nur durch Treue und Glauben geschützt werden, noch genauer in's Auge zu fassen. Lediglich dabey stehen zu bleiben, wird durch die Rücksicht auf solche Personen bedenklich, welche geneigt seyn möchten, sich der schützenden Sitte völlig zu entziehen. Möchten Diese auch für die Zukunft durch das verscherzte Zutrauen vielleicht größeren Nachtheil erleiden, so würden sie doch im einzelnen Fall einen augenblicklichen, sehr unverdienten, Gewinn ziehen können, und auch schon darin würde eine Störung der Rechtsordnung, wenngleich von minderer Art, liegen. Dadurch aber treten diese Fälle in eine gewisse Verwandtschaft mit den oben dargestellten, durch streng richterlichen Schutz zu sichernden Fällen, ohne jedoch völlig gleichartig mit ihnen zu werden.

Die Römer haben diese Verwandtschaft, und die noch daneben bestehende Verschiedenheit, in folgender Weise an-

(b) Beylage XIV. Num. IX. X.

erkannt. Der strenge Schutz durch eigentliches Richteramt soll nur gelten für die zuerst dargestellte Klasse von Fällen. Wenn aber in den Fällen, welche eigentlich nur unter dem Schutz redlicher Sitte stehen, unter zwey Personen eine Meynungsverschiedenheit entsteht, so daß Jeder das Recht auf seiner Seite zu haben glaubt, so werden sie sich, die Möglichkeit des Irrthums in der eigenen Person und in dem Gegner anerkennend, über einen unpartheyischen Schiedsrichter einigen, dessen Ausspruch sie unter sich als das wahre Recht gelten lassen wollen. Diese Auskunft ist dem natürlichen Verhältniß redlicher Menschen so angemessen, daß sie keiner verweigern kann, ohne sich dem Verdacht eines Unrechts mit Bewußtseyn auszusetzen. Daher wird in solchen Fällen Jeder genöthigt, zu dieser Auskunft die Hand zu bieten. Der unter Mitwirkung beider Theile ernannte Schiedsrichter hat nun nicht, wie der eigentliche Richter, festzustellen, was das strenge Recht gebiete, sondern was im vorliegenden Fall, nach redlicher Sitte, von selbst und ohne Zwang zu beobachten sey (c).

Das, was hier, von dem Standpunkt allgemeiner Betrachtung aus, auch in allgemeine Ausdrücke gefaßt worden ist, erscheint nun bey den Römern in folgender concreten Gestalt (§ 218.). In den Fällen, worin eine strenge Forderung, dem strengen Recht des Eigenthums ähnlich, begründet ist, kann Dieselbe durch eine stricti juris actio, häufiger condictio genannt, geltend gemacht werden. Über

(c) Beylage XIII. Num. XIII.

Dieſelbe entſcheidet ein Judex, aus dem allgemeinen Richterverzeichniß genommen. Für die übrigen Fälle dagegen gilt eine bonae fidei actio, und darüber wird durch einen von den Parteyen gewählten Arbiter (oder durch Mehrere) entſchieden. Der Judex vertritt lediglich die Stelle des Prätors, und muß ſich daher in den buchſtäblichen Gränzen halten, die ihm der Auftrag des Prätors vorſchreibt. Der Arbiter hat die unter rechtlichen Menſchen herrſchende Sitte zu interpretiren, und urtheilt daher mit größerer Freyheit, indem ſich der Prätor, ihm gegenüber, auf eine allgemeinere Leitung des Verfahrens beſchränkt.

Dieſe verſchiedene Macht des Judex und des Arbiter beruhte daher auf ihrer ganz verſchiedenen Stellung zu den Parteyen und zur Obrigkeit, und dabey lag wieder zum Grunde die verſchiedene Grundanſicht in der Betrachtung beider Klaſſen von Rechtsgeſchäften. Es würde alſo irrig ſeyn, dieſe Verſchiedenheit als eine abſichtliche Begünſtigung des Klägers bey der einen oder andern Klaſſe der Klagen anſehen zu wollen, da jede derſelben eigenthümliche Vortheile und Nachtheile für den Kläger mit ſich führte, welche aber nicht als Zweck der ganzen Einrichtung angeſehen werden dürfen (d).

Unter den Condictionen wurden drey Klaſſen, ſowohl durch die Formeln im Prozeß, als durch wichtige praktiſche Regeln, unterſchieden. Die erſte, beſonders ausgezeichnete, Klaſſe bildete die certi condictio, auch si cer-

(d) Beylage XIII. Num. II. III. IV.

tum petetur genannt, welche auf die Forderung einer beſtimmten Geldſumme gerichtet war (si paret, Centum dari oportere). In ihr wurde der redliche Theil gegen die Unredlichkeit des Gegners durch eine sponsio und restipulatio tertiae partis geſchützt. — Die zweyte Klaſſe war auf die Übertragung des Eigenthums irgend einer beſtimmten Sache außer dem baaren Gelde gerichtet (si paret, hominem Stichum dari oportere). — Die dritte endlich gieng auf Leiſtungen irgend einer Art, außer jenen beiden, und dieſe wurden ſtets als etwas Unbeſtimmtes angeſehen. Daher hieß die Condiction dieſer dritten Klaſſe incerti condictio, und ihre Formel lautete auf: Quidquid dari fieri oportet (e).

Unter den bonae fidei actiones findet ſich eine ſolche Verſchiedenheit nicht. Sie giengen ſtets auf Dasjenige, was im vorliegenden Fall nach Treue und Glauben von einer, das Rechtsverhältniß völlig durchſchauenden, Partey freywillig geleiſtet werden würde, und dieſe ihre gemeinſame Richtung wurde durch die Formel ausgedrückt: Quidquid dari fieri oportet *ex fide bona* (f).

§. 220.

Arten der Klagen. Stricti juris (Condictiones), bonae fidei. (Fortſetzung.)

Bey neueren Schriftſtellern finden ſich über den hier

(e) Beylage XIV. Num. XXXII—XL.
(f) Beylage XIII. Num. XIV.

dargestellten Unterschied der Klagen theils völlig unrichtige, theils nicht hinlänglich begründete Meynungen.

Als ganz unrichtig ist die Meynung zu verwerfen, nach welcher die Stricti juris actiones besonders begünstigte, aus der Zahl der übrigen herausgehobene, Klagen gewesen seyn sollen, etwa so wie bey uns die Wechselklage, als ein exceptionelles Rechtsmittel, durch den Vortheil eines schnelleren und strengeren Verfahrens vor anderen Klagen ausgezeichnet ist. Es müssen aber vielmehr diese Klagen als die eigentlichen und wahren Klagen überhaupt angesehen werden; die bonae fidei actiones waren Klagen anderer Art, weniger als jene auf dem strengen Rechtsbegriff beruhend, und wenn hier überhaupt das Verhältniß von Regel und Ausnahme Anwendung finden soll, so müssen eher umgekehrt die Condictionen als Regel, die b. f. actiones als Ausnahme, angesehen werden (a).

Unbegründet nenne ich die Ansicht, nach welcher der hier dargestellten Genealogie der Begriffe und Rechtsinstitute zugleich eine chronologische Bedeutung gegeben wird. In vollständiger Entwicklung gedacht, würde diese Ansicht auf folgenden Hergang führen. Es gab ursprünglich, und vielleicht lange Zeit hindurch, keine andere persönliche Klagen, als die Condictionen der ersten und zweyten Klasse (§ 219), gerichtet auf Übertragung des Eigenthums an baarem Geld oder an anderen bestimmten Sachen. Späterhin wurden die incerti condictiones zugelassen, gerichtet

(a) Beylage XIII. Num. XIII.

auf unbestimmtere Gegenstände von mannichfaltiger Art. Die neueste Rechtsbildung endlich ergab die Einführung der bonae fidei actiones, die den zuletzt genannten Condictionen verwandt waren, und in Freyheit des Verfahrens und Unbestimmtheit der Gegenstände nur noch einen Schritt weiter giengen.

Zeugnisse für eine solche historische Entwicklung der Rechtsinstitute sind niemals beygebracht worden, und es hat wohl zur Annahme derselben nur die scheinbare Natürlichkeit eines allmäligen, in der Zeit fortschreitenden, Übergangs vom Strengen zum Freyen, vom Bestimmten zum Unbestimmten, hingeführt. Allein es ist überall gefährlich, solchen abstracten Begriffen in historischen Untersuchungen zu vertrauen. Im vorliegenden Fall können wir zwar die angegebene historische Succession eben so wenig durch unmittelbare Zeugnisse widerlegen, als sie durch solche erwiesen worden ist. Allein es spricht dagegen sowohl der praktische Sinn der Römer, welchem eine so ungenügende Behandlung, wie sie hier für die frühere Zeit vorausgesetzt wird, zu keiner Zeit zusagen konnte, als auch der Schluß, welcher aus einzelnen sicheren Thatsachen älterer Zeit gezogen werden kann. Und so sind wir berechtigt, jene Behauptung nicht blos als unbegründet, sondern auch als ganz unwahrscheinlich zu verwerfen (b).

Dagegen ist eine historische Entwicklung anderer Art nicht blos als wahrscheinlich, sondern als völlig gewiß

(b) Beylage XIII. Num. XIII., Beylage XIV. Num. XLVII.

anzunehmen. Jenes Syſtem der vorherrſchenden Condictionen in drey verſchiedenen Formeln und Klaſſen, und der daneben ſtehenden b. f. actiones, iſt zwar allerdings als nicht allmälig, ſondern gleichzeitig entſtanden anzuſehen, ſo daß gleich bey der urſprünglichen Bildung des Formularprozeſſes die den alten Legis actiones nachgebildeten Condictionen in derſelben Mannichfaltigkeit aufgeſtellt wurden, worin wir ſie in unſren Rechtsquellen finden. Allein im Laufe der Zeit wurde das der b. f. actio zum Grunde liegende Princip als das vorzüglichere und annehmlichere betrachtet, und es findet ſich eine ſichtbare Hinneigung, die Condictionen in die freyere Natur der b. f. actiones hinüber zu leiten, wozu beſonders die Prätoren auf mancherley Weiſe mitwirkten. Es geſchah Dieſes durch Mittel und Rechtsformen, welche in dem Syſtem der Condictionen ſelbſt gegründet waren, und es lag daher in dieſem Verfahren die Befriedigung eines durch ſtets wachſende Überzeugung anerkannten praktiſchen Bedürfniſſes, ohne daß man Daſſelbe einer formellen Inconſequenz beſchuldigen konnte (c). — Dieſe Richtung ſcheint ſchon früh eingetreten zu ſeyn, wenigſtens ſchon zur Zeit des Cicero, wofür, von anderen Gründen abgeſehen, ſchon die Vorliebe Zeugniß giebt, womit er, vom ſittlichen Standpunkt aus, über die b. f. actiones redet (§ 218. c.). Das Weſen des früheren Klagenſyſtems ſtand jedoch feſt, ſo lange als die alte Gerichtsverfaſſung beſtand; der Juder

(c) Beylage XIII. Num. XX.

oder Arbiter bezeichnete stets die Gränze zwischen den beiden Hauptarten persönlicher Klagen. Als aber, mit der gesammten älteren Gerichtsverfassung (dem ordo judiciorum), diese Verschiedenheit der Urtheiler verschwand, da hatte eigentlich das Wesen jenes Klagensystems aufgehört. Die Hinneigung zu der freyeren Art der Klagen mußte jetzt immer stärker hervor treten, und es blieben nur noch vereinzelte, rein praktische, Unterschiede übrig, die sich unter dem Einfluß des älteren Prozesses gebildet hatten, und die nunmehr nur deshalb fortbestanden, weil Niemand auf den Gedanken kam, sie aufzuheben.

Bis dahin ist der Gegensatz der strengen und freyen Klagen lediglich auf die persönlichen Civilklagen, welche aus Rechtsgeschäften entspringen, angewendet worden, indem diese in der That den Mittelpunkt des alten Actionensystems bilden (§ 218. 219). Allein jener Gegensatz hat an sich eine allgemeinere Natur, und es muß daher auch bey den übrigen Klassen der Klagen nachgewiesen werden, wie sie sich zu demselben verhalten.

Die civilen Delictsklagen wurden ohne Zweifel, eben so wie die Condictionen, jedesmal von einem Judex entschieden und als strenge Klagen behandelt. Denn wenn ein alter Volksschluß eine Geldstrafe auf ein Delict setzte, so würde diese Bestimmung, ohne Verfolgung vor einem Richter, gar keinen Sinn gehabt haben (d).

(d) Beylage XIII. Num. VIII.

Bey den civilen in rem actiones wurde es in die Wahl des Klägers gestellt, ob er einen Judex oder Arbiter verlangen, das heißt, ob er vermittelst einer Sponsion den Weg der strengen Klage einschlagen, oder eine petitoria formula vor einem Arbiter gebrauchen wollte, welcher letzten allein der Name einer in rem actio eigentlich gebührte (e).

Die prätorischen Klagen endlich, mochten sie in rem oder in personam gehen, aus Rechtsgeschäften oder aus Delicten entspringen, waren stets von freyer Natur, also vor einem Arbiter zu verhandeln (f).

So befolgten also alle übrige Klagen die Analogie entweder der Condictionen, oder der b. f. actiones; allein diese Kunstausdrücke sind auf dieselben niemals angewendet worden (g).

§. 221.

Arten der Klagen. Arbitrariae actiones.

Justinians Institutionen sprechen zuerst ausführlich von dem Gegensatz der bonae fidei und stricti juris actiones (a), und fahren unmittelbar darauf in folgenden Worten fort:

§ 31 *J. de act.* (4. 6.).

(e) Beylage XIII. Num. IX. Aus dieser Reduction der Eigenthumsklage auf eine Sponsion wird es recht anschaulich, daß das alte Klagensystem auf der Grundlage der Contractsklagen erbaut war.

(f) Beylage XIII. Num. X.

(g) Beylage XIII. Num. VI, Beylage XIV. Num. XX.

(a) § 28. 29. 30 J. de act. (4. 6.). — Vgl. Beylage XIII. Num. I. VI. XII.

Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, *nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat*, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, *condemnari debeat.* Sed istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur. (Nun folgt eine Reihe von Beyſpielen). In his enim actionibus et similibus permittitur judici ex bono et aequo, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, *aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.*

Auf den erſten Blick ſcheint hier der Begriff dieſer Klagen eben ſo beſtimmt zu ſeyn, wie kurz vorher der Begriff der b. f. actiones beſtimmt worden war, indem hier und dort die freye Macht des urtheilenden Richters als das überwiegende Moment bezeichnet wird. Dennoch iſt es undenkbar, daß hier der vorige Begriff unter einem neuen Namen, und ohne Anerkennung der Identität, nur wiederholt ſeyn ſollte. Was aber dieſen Gedanken völlig widerlegt, ſind die einzelnen Beyſpiele, die von den vorher vollſtändig aufgezählten b. f. actiones durchaus verſchieden ſind.

Um dieſe Schwierigkeit zu beſeitigen, haben Viele angenommen, die ganze Eintheilung der Klagen ſey dreygliedrig: stricti juris, bonae fidei, arbitrariae. Allein, nicht zu gedenken, daß es dann viel einfacher geweſen wäre, die arbitrariae als drittes Glied gleich im §. 28,

neben den zwey ersten Gliedern zu nennen, so ist es auch ganz unmöglich, einen scharfen Gegensatz zwischen den Begriffen der zwey letzten Eintheilungsglieder aufzufinden, da vielmehr beide in der freyen Macht des Arbiter völlig übereinstimmen. Die vollständige Widerlegung dieser Ansicht wird aber unten durch den Beweis geführt werden, daß mehrere b. f. actiones zugleich arbitrariae waren, so daß beide Begriffe nicht in einem ausschließenden Verhältniß zu einander stehen können.

In der That hat der Begriff der arbitrariae actiones mit dem vorhergehenden Gegensatz der stricti juris und b. f. actiones gar Nichts zu schaffen. Jener Ausdruck bezeichnet eine für sich bestehende Eigenschaft vieler Klagen, worunter einige b. f., andere weder b. f. noch stricti juris sind. Die erwähnte Eigenschaft besteht nämlich darin, daß in diesen Klagen der Arbiter nicht sogleich ein Urtheil sprechen, sondern damit anfangen soll, den Beklagten, wenn er sich von dessen Unrecht überzeugt hat, zur freywilligen Befriedigung des Klägers, durch eine von dem Arbiter vorläufig festzustellende Leistung, aufzufordern. Erfolgt diese Befriedigung, so wird der Beklagte freygesprochen; erfolgt sie nicht, so wird er verurtheilt. — Das Wesentliche dieser Erklärung, nämlich die vorläufige Aufforderung, ist in den cursiv gedruckten Worten der oben mitgetheilten Institutionenstelle geradezu ausgedrückt (b).

(b) Dieser judicis *arbitratus* wird in vielen Digestenstellen mehr oder weniger deutlich erwähnt, am Bestimmtesten in *L.* 68 *de R. V.*

Der vollständige Zusammenhang der Sache wird aber erst aus folgenden Betrachtungen hervorgehen.

Zunächst erscheint diese Anstalt blos als ein dem Arbiter vorgeschriebener Vergleichsversuch, folglich als eine Prozeßform, von der nicht einleuchtet, wie sie genug materielle Wichtigkeit erhalten konnte, um zur Bildung einer eigenen Klasse von Klagen Veranlassung zu geben. Diese Wichtigkeit aber erklärt sich aus der Eigenthümlichkeit des alten Prozesses, nach welcher kein Richter anders, als auf Zahlung einer Geldsumme, verurtheilen durfte (§ 215. r). Daraus entstand die seltsame und ungerechte Folge, daß ein hartnäckiger Beklagter den Kläger stets zur Abtretung der Diesem gebührenden Sache gegen baares Geld nöthigen konnte (c). Diese Folge sollte dadurch abgewendet

(6. 1.), von welcher noch weiter die Rede seyn wird. — Damit nicht der Beklagte die Sache unbestimmt hinhalten konnte, wurde ihm ein Termin zur Restitution angesetzt. *L.* 6 § 2 *de confess.* (42. 2.) ex his actionibus, ex quibus *dies datur ad restituendam rem.* Da übrigens in dieser Einrichtung blos ein freyes, billiges Ermessen des Arbiter, nicht eine unnütze Formalität begründet seyn sollte, so unterblieb ohne Zweifel der arbitratus, wenn dessen Fruchtlosigkeit sicher vorherzusehen war. Dieses war aber der Fall, wenn der Beklagte die Sache unredlicherweise zerstört oder veräußert hatte, also unmöglich restituiren konnte.

(c) Nicht als ob nun dem Beklagten die Sache um die bezahlte Geldsumme wirklich verkauft gewesen wäre; ein wirkliches Recht daran erhielt er eben so wenig, als der Verurtheilte, qui dolo desiit possidere. *L.* 69. 70. *de R. V.* (6. 1.). Allein, wenn er nur den Besitz sorgfältig hütete, so blieb ihm stets der Genuß der Sache, und der Eigenthümer mußte ihn entbehren; denn eine wiederholte Klage konnte Dieser nicht anstellen, da das Klagerecht consumirt war.

werden, daß der Arbiter auf die freywillige Naturalrestitution hinzuwirken suchte.

Hätte man jedoch lediglich auf den guten Willen oder die Nachgiebigkeit des Beklagten rechnen wollen, so wäre diese Anstalt gerade da, wo sie besonders wichtig war, der entschlossenen Ungerechtigkeit gegenüber, völlig kraftlos geblieben. Sie erhielt aber Kraft durch ein indirectes Zwangsmittel; der Beklagte, welcher der Aufforderung des Arbiter nicht nachgab, sollte durch das nun folgende Urtheil in größeren Nachtheil kommen, als er durch die freywillige Nachgiebigkeit erlitten haben würde, und in diesem angedrohten Präjudiz lag ein, gewiß sehr wirksames, indirectes Zwangsmittel (d). Der allgemeinste Nachtheil bestand aber darin, daß nun die Geldsumme, auf welche der Arbiter den Beklagten verurtheilte, den wahren Werth des Gegenstandes weit übersteigen konnte, indem der Kläger durch seinen Eid die Summe bestimmen durfte (e). Bey

(d) Nach *L.* 68 *de R. V.* (6. 1.) soll auch directer Zwang gelten, manu militari. Ich halte dieses für eine entschiedene Interpolation, da in anderen Digestenstellen die Unmöglichkeit jedes directen Zwanges bestimmt vorausgesetzt wird, so z. B. in *L.* 4 § 3 *fin. reg.* (10. 1.), *L.* 73 *de fidejuss.* (46. 1.). Eben so läßt die Fassung des § 31 *J. de act.* (4. 6.) für eine Execution in die Sache selbst keinen Raum; diese Stelle ist denn wahrscheinlich ohne Veränderung aus einem alten Juristen abgeschrieben. Endlich ist auch, die Naturalexecution vorausgesetzt, nicht wohl einzusehen, wie es jemals ob contumaciam zu einem Eid kommen konnte (Note e).

(e) *L.* 2 § 1 *de in litem jur.* (12. 2.) cum vero dolus, *aut contumacia non restituentis vel non exhibentis,* (punitur), quanti in litem juraverit actor (aestimatur)." Dolus geht auf den Fall, da der Besitzer die Sache verzehrt oder verkauft hat, contumacia ist der hier erwähnte Ungehorsam. Vgl. *L.* 1 *eod.* *L.* 18

einzelnen Klagen traten eigenthümliche, nachtheilige Folgen jenes Ungehorſams ein; ſo bey der actio quod metus causa der vierfache Betrag des Gegenſtandes, deſſen einfache Leiſtung urſprünglich genügt hätte (f): bey der doli actio die Infamie des Verurtheilten.

Die eigenthümliche Natur dieſer Klagen wurde in der Formel ausgedrückt durch einen, an irgend einer ſchicklichen Stelle, angebrachten Zuſatz (nisi restituatur, nisi exhibeatur), welcher demnach als eine Beſchränkung des Auftrags zur Condemnation eingeſchoben wurde (g).

pr. de dolo (4. 3.). Eben darauf geht *L.* 73 *de fidej.* (46. 1.) noluit eam restituere, *et ideo magno condemnatus est.*" — In *L.* 68 *de R. V.* (Note d) iſt natürlich nur von dolus die Rede, nicht von contumacia, weil für den Fall einer ſolchen die manus militaris durch Interpolation eingeſchoben iſt. — Der eigentliche Zuſammenhang zwiſchen dem Eid in litem und den arbiträren Klagen beſteht nun aber darin, daß bey ihnen jener Eid als ein regelmäßiges Recht des Klägers in den angeführten Stellen anerkannt wird, anſtatt daß er bey ſtrengen Klagen nur als Aushülfe, in Ermanglung anderer Beweiſe, gebraucht werden kann. *L.* 5 § 4 *L.* 6 *de in litem jur.* (12. 3.). Hierauf iſt auch zu beziehen *L.* 9 *eod.*, da auch die furti actio eine ſtrenge Klage iſt; eben ſo *L.* 8 § 1 *de act. rer. amot.* (25. 2.), da dieſe Klage die Natur einer condictio hat. *L.* 26 *eod.*

(f) Bey dieſer Klage kam nicht etwa der Eid noch neben dem vierfachen Erſatz vor, ſondern dieſer erhöhte Erſatz war ein (ſehr reichliches) Surrogat des Eides. Bey der doli actio trafen den Beklagten beide Nachtheile, der Eid des Klägers und die Infamie.

(g) Über die nicht überall gleichförmige Stellung jener Ausdrücke in der Formel kommen folgende unzweifelhafte Zeugniſſe vor. Bey Cicero ſtehen in der petitoria formula in der Intentio die Worte: neque is fundus Q. Catulo restituetur (§ 209. c). — Gajus IV. § 47 hat in der depositi formula in jus concepta die Worte: N R (nisi restituat) in der Condemnatio (§ 216. t). — Ebendaſelbſt ſtehen, bey der depositi formula in factum, in der Intentio die Worte: Si paret.... eamque .. redditam non esse. — Eben ſo ſtehen in der Intentio

§. 222.

Arten der Klagen. Arbitrariae actiones. (Fortsetzung.)

Auf die Frage, welchen Klagen der Name arbitrariae, also auch die eben erklärte Eigenthümlichkeit, zukam, läßt sich eine allgemeine, wie ich glaube völlig sichere, Antwort geben. Diese wird dann noch durch Anwendung auf einzelne Fälle zu bestätigen seyn.

Die allgemeine Regel ist so auszudrücken: arbitrariae waren alle freye Klagen, worin sich, nach ihrem besonderen Inhalt, das oben beschriebene Verfahren als anwendbar zeigte.

Durch die erste Bestimmung sind ausgeschlossen alle Condictionen, so wie alle civile Delictsklagen, auch zeigt sich bey keiner derselben die geringste Spur eines solchen Verfahrens, ja es würde dieses der beschränkten Stellung des Judex in jenen Klagen völlig widersprechen. — Dagegen sind, von dieser Seite her, zugelassen: die bonae fidei, die in rem actiones, so wie alle prätorische Klagen.

Schwieriger ist die zweyte Bestimmung, welche die Anwendbarkeit des oben beschriebenen besonderen Verfahrens zum Gegenstand hat, und wodurch viele freye Klagen von der Klasse der arbitrariae actiones ausgeschlossen werden. Zwar die Ausdrücke arbitrium und arbiter, die durchaus für alle freye Klagen gelten (§ 218),

der actio quod metus causa die Worte: neque ea res arbitrio judicis restituetur. *L.* 14 § 11 *quod metus* (4. 2.)

könnten leicht zu der Annahme verleiten, als ob alle freye Klagen ohne Unterschied arbitrariae wären. Dieses würde aber ganz irrig seyn, indem der Name arbitraria formula nicht von der Person des arbiter, sondern von dem in der Formel ausgedrückten *arbitratus* judicis, das heißt von der oben erklärten Aufforderung zur freywilligen Leistung (§ 221. b), hergenommen ist, so daß zwar jede arbitraria actio ein arbitrium, aber nicht jedes arbitrium eine arbitraria actio ist (a).

Anwendbar nun ist jenes besondere Verfahren bey denjenigen freyen Klagen, die auf eine Restitution oder Exhibition gerichtet sind, bey allen anderen ist es nicht anwendbar (b). Es kommt also nur darauf an, diese Begriffe genau zu bestimmen.

Der leichtere, seltnere, und minder wichtige Fall ist der der Exhibition. Darunter wird das bloße Vorzeigen oder Darstellen einer bestimmten einzelnen Sache verstan-

(a) Über die Verschiedenheit beider Begriffe können einige Stellen des Gajus täuschen, worin ganz abwechslend, bald arbitrum, bald arbitrariam formulam petere gesagt wird (IV. § 141. 163. 164. 165). Allein in den Fällen der Interdicte, von welchen hier Gajus spricht, war in der That das arbitrium zugleich eine arbitraria formula, wodurch also die Verschiedenheit beider Begriffe in Anwendung auf viele andere Klagen nicht ausgeschloßen wird.

(b) Diese Bestimmung ist anerkannt in dem Ausdruck: contumacia non restituentis vel non exhibentis, als Grund und Bedingung des Eides in litem (§ 221. e). — Sie wird völlig bestätigt, wiewohl nur in der besonderen Anwendung auf Interdicte, durch Gajus IV. § 163. 165. — Sie wird in ihrem Haupttheil bestätigt, und zwar in Anwendung auf die verschiedensten Arten von Klagen, durch den Schluß von *L.* 68 *de R. V.* (6. 1.) „Haec sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, *ex quibus arbitratu judicis quid restituitur*, locum habet."

den, die also nicht zugleich in den Besitz des Andern gebracht werden soll, mithin diejenige Leistung worauf hauptsächlich die *actio* ad exhibendum gerichtet wird (c).

Restituere ist verwandt mit dem recipere, welches als Grund und Bedingung der Condictionen bezeichnet wird (d), und doch auch davon verschieden. Jenes recipere nämlich, in Anwendung auf die Condictionen, setzt voraus, daß aus unsrem Vermögen Etwas ohne Grund in ein fremdes Vermögen übergegangen ist, welche Veränderung jetzt wieder rückgängig gemacht werden soll. Restituere aber geht auch auf die Rückkehr des bloßen Besitzes, ja selbst der bloßen Detention, während der Umfang des Vermögens weder früher verändert war, noch jetzt wiederhergestellt werden soll. So wird mit der Vindication der fehlende Besitz wieder gefordert, mit der depositi actio die fehlende Detention, und durch den Erfolg beider Klagen wird der Umfang des Vermögens gar nicht verändert (e). Ja selbst auf solche Fälle ist hier der Ausdruck restituere anwendbar, worin dem Kläger nicht einmal eine Detention verschafft, sondern nur überhaupt ein veränderter factischer Zustand wiederhergestellt werden soll, wie z. B. bey dem Interdict quod vi (Note n).

Dieser Ausdruck nun wird auf in rem actiones aus

(c) *L.* 2 *ad exhib.* (10. 4.), *L.* 22. 246 *pr. de V. S.* (50. 16.), *L.* 3 § 8 *de tab. exhib.* (43. 5.)

(d) Beylage XIV. Num. XX.

(e) So war eine Stipulation: rem meam mihi *restitui* gültig (*L.* 82 *pr.* § 1 *de V. O.* 45. 1), dagegen die Stipulation: rem meam mihi *dari* ungültig. Beylage XIV. Num. V. i.

dinglichen Rechten, ohne Ausnahme angewendet. Gewöhnlich wird hier eine wirkliche Rückkehr der Sache Statt finden, da der Eigenthümer, der eine Sache vindicirt, meiſt ſchon früher den Beſitz derſelben gehabt haben wird. Doch iſt dieſes nicht immer der Fall; denn der Legatar, der die legirte Sache vom Erben vindicirt, hat den Beſitz noch niemals gehabt, eben ſo der Pfandglaubiger, der aus einem bloßen Pfandvertrag die hypothecaria actio anſtellt. Hier wird alſo die Vereinigung des Beſitzes mit dem dinglichen Recht ſchon an ſich ſelbſt als eine Rückkehr gedacht, und es iſt daher bey dieſen Klagen ſtets eine arbitraria formula anwendbar.

Anders verhält es ſich mit den perſönlichen Klagen, bey welchen der Ausdruck restituere, als Bedingung einer arbitraria formula, genauer genommen wird. Die actio commodati, depositi, pigneratitia, gehen wirklich auf Rückkehr einer Sache zu ihrem früheren Beſitzer; eben ſo die actio locati, wenn damit die Rückgabe der vermietheten Sache gefordert wird. Auch die actio doli, und quod metus causa gehen, wenngleich nicht immer auf Rückkehr einer beſtimmten einzelnen Sache in unſren Beſitz, doch ſtets auf Herſtellung unſres verminderten Vermögens. Daher war bey allen dieſen perſönlichen Klagen ſtets eine arbitraria formula anwendbar. — Anders bey ſolchen Contractsklagen, deren Erfolg gar nicht irgend einen früheren Zuſtand herſtellen, ſondern einen ganz neuen herbeyführen ſoll, wie die actio emti, venditi, und mehrere andere Contractskla-

gen. Hier kann von einer eigentlichen Restitution nicht die Rede seyn (f), und daher ist hier auch keine arbitraria formula anwendbar.

Zwar wird der eben behauptete strenge Unterschied nicht unmittelbar in unsren Rechtsquellen ausgesprochen; weder bey dem Kunstausdruck restituere, dessen schwankender Gebrauch vielmehr so eben anerkannt worden ist (Note f); noch bey der arbitraria formula, für welche die eben gezogene Gränze in keiner Stelle auf diese Weise anerkannt wird. Die Richtigkeit dieser Gränzbestimmung aber wird dadurch außer Zweifel gesetzt, daß die Anwendbarkeit des jusjurandum in litem ganz bestimmt nach dieser Unterscheidung beurtheilt wird (g), während auf der andern Seite

(f) Ich will nicht behaupten, daß die Römer selbst eine solche Strenge in dem Gebrauch des Ausdrucks restituere stets beobachtet haben; vielmehr kommt derselbe zuweilen auch bey den Leistungen eines Käufers und Verkäufers u. s. w. vor, in welchen doch keine Art von Rückkehr wahrzunehmen ist. *L.* 13 § 18 *de act. emti* (19. 1.), *L.* 8. 12 *C. eod.* (4. 49.) *L.* 14 § 9 *de servo corr.* (11. 3.), *L.* 8 § 10 *mandati* (17. 1.). — Weniger ungenau ist es, wenn bey Fideicommissen von einer restitutio hereditatis oder rerum singularum die Rede ist; dieses ist nämlich allerdings eine Rückkehr, zwar nicht in Beziehung auf den Empfänger, wohl aber in Beziehung auf den Erben, der die Erbschaft oder die einzelne Sache nur vorübergehend haben sollte, so daß sie nun von ihm wieder weggeht. Daher ist in dieser Anwendung der Sprachgebrauch als regelmäßig und technisch zu betrachten. Ulpian. XX § 5, Gajus II § 184. 250. 254. 260, und viele andere Stellen.

(g) Der Eid wird zugelassen bey der actio depositi, commodati, locati, tutelae, dotis, doli, metus, interd. de vi. *L.* 3 *de in lit. jur.* (12. 3.), *L.* 3 § 2 *commod* (12. 6.), *L.* 48 § 1 *loc.* (19. 2.) *L.* 7 *pr. de admin.* (26. 7.) *L.* 25 § 1 *sol. matr.* (24. 3.), *L.* 18 *pr. de dolo* (4. 3.), *L.* 9 *C. unde vi* (8. 4.) — Er wird nicht zugelassen bey der actio emti venditi. *L.* 4 *C. de act. emt.* (4. 49.), *L.* 19

dieſer Eid mit der arbitraria formula eben ſo ſicher im Zuſammenhang ſteht (h).

§ 223.

Arten der Klagen. Arbitrariae actiones. (Fortſetzung.)

Nachdem ſo die Regel für die Anwendung einer arbitraria formula aufgeſtellt worden iſt, ſollen nun noch die einzelnen Klagen angegeben werden, welchen dieſer Name in unſren Rechtsquellen beſtimmt beygelegt wird.

Die oben angeführte Stelle der Inſtitutionen (§ 221) giebt folgende Beyſpiele an, unter welchen mehrere auch durch Digeſtenſtellen beſtätigt werden. In rem: die Publiciana, Serviana, quasi Serviana (a). In personam: quod metus causa (b), doli (c), de eo quod certo loco (d), ad exhibendum (e). Alle dieſe Klagen ſind prätoriſche.

Aus anderen Zeugniſſen aber können wir noch folgende Klagen als arbitrariae hinzufügen.

1) Die rei vindicatio, das heißt die petitoria formula (f), welche auf der freyen Wahl des Klägers, anſtatt

de peric. (18. 6.). Eben ſo bey der actio depositi contraria. *L.* 5 *pr. depos.* (16. 3.).

(h) Vgl. § 221. e. — Wäre die Leiſtung des Verkäufers eine wahre, eigentliche restitutio, ſo müßte gegen ihn, nach dem ſehr beſtimmten Ausſpruch der *L.* 68 *de R. V.* (§ 222. b.), in litem geſchworen werden können, Welches doch entſchieden nicht zuläſſig iſt (Note g.).

(a) Vgl. *L.* 16 § 3 *L.* 21 § 3 *de pign.* (20. 1.).

(b) *L.* 14 § 4. 11 *quod metus* (4. 2.).

(c) *L.* 18 *pr.* § 1 *de dolo* (4. 3.).

(d) *L.* 2 *pr. L.* 3. 4 *de eo quod certo loco* (13. 4.).

(e) Vgl. oben § 221. e, § 222. b. — *L.* 3 § 2 *ad exhib.* (10. 4.).

(f) Cicero in Verrem II. C. 12, *L.* 68 *L.* 35 § 1 *de R. V.*

der Sponsionsklage, beruhte. Es kann auffallen, daß diese Klage, die für viele andere einen Mittelpunkt bildet, nicht auch in den Institutionen als Beyspiel angeführt wird. Vielleicht ist es deswegen unterlassen worden, weil in dem hier excerpirten alten Juristen die petitoria formula ganz bestimmt bezeichnet war, welche veraltete Bezeichnung jetzt vermieden werden sollte.

2) Hereditatis petitio (g).

3) Confessoria actio (h).

4) Finium regundorum (i).

5) Faviana (k).

6) Depositi actio (l).

7) Redhibitoria actio (m).

8) Die restitutorischen und exhibitorischen Interdicte, vorausgesetzt daß der Beklagte diese Prozeßform vorzog, und den Prätor zu rechter Zeit darum bat (n).

(6. 1.), *L.* 41 § 1 *de re jud.* (42. 1.).

(g) *L.* 10 § 1 *L.* 57 *de her. pet.* (5. 3.).

(h) *L.* 7 *si serv.* (8. 5.).

(i) *L.* 4 § 3 *fin. reg.* (10. 1.), § 6 *J. de off. jud.* (4. 17.).

(k) *L.* 5 § 1 *si quid in fraud. patr.* (38. 5.).

(l) Vgl. oben § 216. t. — Ein scheinbarer Widerspruch liegt in *L.* 7 *pr. de eo quod certo loco* (13. 4.). „In bonae fidei judiciis … ex empto, vel vendito, *vel depositi* actio competit, *non arbitraria actio.*" Allein die letzten Worte enthalten nicht die Verneinung einer arbitraria actio überhaupt, (deren Name und Character also der depositi actio abgesprochen wäre), sondern dieser bestimmten, vom Prätor besonders eingeführten, arbitraria actio, der actio de eo quod certo loco.

(m) *L.* 45 *de aedil. ed.* (21. 1.).

(n) Gajus IV. § 141. 163. 164. 165. — Mit Unrecht würde man unter die arbiträren Klagen ziehen die actio adv. publicanos; denn obgleich bey ihr die Restitution von der poena dupli befreyte (*L.* 1 *pr. de public.* 39. 4.), so war doch in dem Edict selbst nur

Fast alle diese Klagen passen zu dem oben aufgestellten Begriff der Restitution oder Exhibition, dienen also zur Bestätigung der hier vorgetragenen Lehre. Eine einzige Klage kann daran Zweifel erregen, und zwar gerade die, deren arbiträre Natur vorzugsweise und wiederholt in unsren Rechtsquellen wörtlich anerkannt ist: die actio de eo quod certo loco (Note d), welches eine prätorische Klage ist (o). Sie geht gar nicht auf eine Restitution oder Exhibition, sondern auf die örtliche Reduction des Betrags einer Stipulation, welche eigentlich, ihrem wörtlichen Inhalt nach, an einem fremden Ort zu erfüllen gewesen wäre. Die Aufforderung des Arbiter, durch deren Erfüllung die Klage abgewendet wird, geht auf Caution wegen Erfüllung des wörtlichen Inhalts der Stipulation (p); das Präjudiz bey Verweigerung dieser Erfüllung besteht in einem möglichen sehr hohen, selbst indirecten, Interesse, worauf die Verurtheilung gerichtet werden kann (q). So liegt also in dieser Klage die Anwendung einer, für ganz andere Zwecke und Fälle eingeführten Prozeßform

eine Restitution *ante* judicium acceptum gemeynt (*L.* 5 *pr. eod.*), so daß zu einem arbitrium vor dem Urtheil keine Veranlassung war (vgl. Note t.).

(o) *L.* 1 *de eo quod certo loco* (13. 4) „ideo visum est, *utilem actionem* in eam rem comparare." Heffter observ. in Gajum Lib. 4 p. 83 hält sie für eine eigentliche utilis a., d. h. für eine Fictionsklage, welches jedoch aus jenen Worten nicht nothwendig folgt. Sie kann auf gewöhnliche Weise in factum concepta gewesen seyn, und dennoch utilis genannt werden, weil durch sie das ursprüngliche Klagrecht über seine Gränzen ausgedehnt wurde.

(p) *L.* 4 § 1 *de eo quod certo loco* (13. 4.).

(q) *L.* 2 § 8 *de eo quod certo loco* (13. 4.).

auf einen Fall, worin es darauf ankam, die besondere Unredlichkeit eines Stipulationsschuldners wirksam zu bekämpfen, der sich hinter den Buchstaben des Rechts versteckte, um sich seiner Verpflichtung zu entziehen.

Sehen wir jetzt zurück auf die oben mitgetheilte Stelle der Institutionen, die einzige, die absichtlich von der Natur der arbiträren Klagen redet (§ 221), so sind noch die Worte derselben zu erklären: nisi .. satisfaciat, *veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat.* Die zwey ersten Ausdrücke enthalten eine unmittelbare Bestätigung der hier vorgetragenen Lehre. Das solvat darf nicht so allgemein verstanden werden, wie es wohl der Ausdruck zuließe, so daß es auch auf die Zahlung eines Käufers u. s. w. bezogen würde. Es ist zu beziehen auf die actio de eo quod certo loco; ferner auf die Fälle einer actio commodati u. s. w., worin die Naturalrestitution unmöglich ist, weil der Beklagte durch seine Nachlässigkeit die Sache hat stehlen oder verderben lassen; eben so auf die hypothecaria actio, von welcher sich der Beklagte nicht blos durch Restitution der Sache, sondern auch durch Bezahlung der Schuld, frey machen kann (r). — Endlich die noxalis causa geht auf die durch die Handlung eines Sklaven begründete actio doli oder quod metus causa; denn hier wird der damit belangte Herr des Sklaven, ohne Entschädigung zu leisten, schon durch die bloße noxae datio völlig befreyt (s).

(r) *L.* 16 § 3 *de pign.* (20. 1.). (s) Es muß also die hier er-

Vergleichen wir nun noch zum Schluß die arbiträren Klagen mit dem oben (§ 218) aufgestellten Schema aller Klagen überhaupt, so ergiebt sich folgendes Verhältniß derselben.

Die Condictionen und die civilen Delictsklagen sind nie arbiträr, weil sie strenge Klagen sind.

Die civilen in rem actiones, insoweit sie auf eine Restitution gehen, sind insgesammt arbiträr (t).

Die bonae fidei actiones, und alle prätorische Klagen, sind arbiträr, insofern sie gerade auf eine Restitution oder Exhibition gerichtet sind, so daß ihre arbiträre Natur von dem Inhalt jeder einzelnen Klage dieser Klassen abhängt. Am Meisten ist bisher die Vereinbarkeit der Eigenschaft einer arbiträren Klage mit den b. f. actiones bezweifelt worden. Der unmittelbare Beweis dafür liegt in den Zeugnissen, nach welchen die hereditatis petitio und die depositi actio, welche beide unter die b. f. actiones gehören, zugleich auch arbitrariae sind (Note g. l.).

Es war ein wichtiger Streit der alten Juristenschulen, ob der Beklagte auch nach der Litiscontestation, bey allen Klagen, durch freywillige Erfüllung die Freysprechung be-

wähnte noxalis causa von einer solchen Klage verstanden werden, die schon an sich arbitraria ist, im einzelnen Fall aber als noxalis angestellt wird. Es würde irrig seyn, wenn man wegen der möglichen noxae datio jede Noxalklage für arbiträr halten wollte; die actio furti noxalis z. B. ist ein judicium, also schon deshalb nicht arbiträr (§ 222.).

(t) Dahin gehören also die rei vindicatio, die hereditatis petitio, die confessoria. Dagegen konnte bey dem liberale judicium von keiner Restitution die Rede seyn, sie war also auch nicht arbiträr.

wirken könne. Die Sabinianer behaupteten Dieses, und drückten ihre Meynung durch die Regel aus: omnia judicia esse absolutoria. Die Proculejaner wollten es nicht bey allen Klagen zugeben, sondern wahrscheinlich nur bey denjenigen, die ich oben als freye bezeichnet habe. Justinian hat die Meynung der Sabinianer angenommen (u). — Nun könnte man diesen Streit so verstehen, als hätten die Sabinianer alle Klagen für arbiträre erklärt; Dieses war jedoch keineswegs ihre Meynung. Vielmehr blieben auch nach ihnen die arbiträren Klagen dadurch vor den übrigen ausgezeichnet, daß bey ihnen dem Arbiter eine besondere Aufforderung zur Erfüllung, unter Androhung der sonst unausbleiblichen Verurtheilung, vorgeschrieben war; bey den übrigen Klagen sollte der Beklagte zwar auch durch freywillige Erfüllung die Verurtheilung abwenden, aber diese mußte weit seltner erfolgen, weil er sich noch immer mit der Hoffnung schmeicheln konnte, ohnehin freygesprochen zu werden, anstatt daß bey den arbiträren Klagen die Aufforderung des Arbiter schon die Ankündigung enthielt, daß in Ermanglung freywilliger Erfüllung die Condemnation unfehlbar erfolgen werde.

(u) Gajus IV. § 114. (Zum Theil lückenhaft) § 2 *J. de perpetuis* (4. 12.). — Ein Überrest der Proculejanischen Meynung findet sich in *L.* 84 *de V. O.* (45. 1.), die nur aus Versehen aufgenommen seyn kann. Auch *L.* 5 *pr. de publicanis* (39. 4) ist aus jenem Schulstreit zu erklären; Gajus war bekanntlich Sabinianer.

§. 224.

Arten der Klagen. Heutige Anwendung.

Die Arten der Klagen, deren Gegensätze bis hierher ausführlich untersucht worden sind, haben eine verschiedene Natur (§ 206.). Einige stehen in unmittelbarer Beziehung auf die zum Grund liegenden Rechtsverhältnisse, sie führen zur genaueren Einsicht in das Wesen derselben, und sie sind daher auch für das heutige Recht von Wichtigkeit (§ 206—212.). Andere haben eine blos historische Natur. Theilweise sind sie schon aus den neuesten Rechtsquellen verschwunden, und auch die, welche darin noch vorkommen, dienen doch nur als Nomenclatur, so daß sich nicht einmal der Schein einer praktischen Bedeutung daran knüpft (§ 213—217.). Noch andere, und gerade die schwierigsten, haben zwar eine ganz historische, meist veraltete, Grundlage, aber es knüpfen sich daran wichtige, noch in den neuesten Rechtsquellen (wenigstens wörtlich) anerkannte, praktische Folgen. Dahin gehören die actiones stricti juris (Condictiones), bonae fidei, arbitrariae (§ 218—223.). Deren Bedeutung für das heutige Recht ist der Gegenstand der nun folgenden Untersuchung.

Ich fange an mit den Condictionen und b. f. actiones. Die ganze historische Grundlage dieses Gegensatzes war schon im Justinianischen Recht verschwunden. Damals wurden schon längst alle Urtheile von öffentlichen Beamten ausgesprochen; daher konnte weder ein Judex und

Arbiter durch größere oder geringere Macht unterschieden, noch eine formula so oder anders abgefaßt werden. Allein an den alten, nunmehr verschwundenen, historischen und formellen Gegensatz hatten sich zugleich ganz praktische Verschiedenheiten angeknüpft, die großentheils im Justinianischen Recht erhalten sind. Zwar eine der wichtigsten Eigenheiten der Condictionen, die sponsio tertiae partis bey der certi condictio, erscheint hier nicht mehr; andere aber, die allerdings noch erscheinen, sind nicht minder erheblich. Justinian kann die Eigenthümlichkeit der b. f. actiones nicht für verschwunden gehalten haben, da er selbst es für nöthig hielt, mehreren Klagen diesen Character ausdrücklich beyzulegen; namentlich der hereditatis petitio, und der anstatt der alten rei uxoriae actio von ihm eingeführten actio ex stipulatu (Beylage XIII. Num. IX. XII.).

Ich gehe nun zur Erwägung des heutigen Rechtszustandes über. Für viel eingeschränkter, als bey den Römern, müßten wir in jedem Fall die Anwendung jener Unterschiede halten, weil die Gegenstände derselben großentheils verschwunden sind. Die Expensilation war schon lange vor Justinian außer Gebrauch, und die Stipulation, als Grund von stricti juris actiones, kennen wir nicht mehr. Dennoch würde darin nur eine Verminderung des praktischen Unterschieds liegen, nicht dessen Aufhebung.

Indessen glaube ich, daß wir selbst die an sich noch möglichen Unterschiede, auch soweit sie im Justinianischen Recht erhalten sind, in dem heutigen Recht nicht mehr

zulaſſen können, und daß überall, wo das Römiſche Recht eine verſchiedene Behandlung ſtrenger und freyer Klagen eintreten läßt, für uns nur allein das Princip der freyen, namentlich alſo der bonae fidei actiones, gelten kann. Die Annahme dieſer, durch allgemeines Gewohnheitsrecht herbeygeführten, wichtigen Veränderung ſoll nunmehr gerechtfertigt werden.

Eigentlich liegt darin kein neuer, dem Römiſchen Recht fremder, Gedanke, ſondern nur die Vollendung einer ſchon im früheren Recht erſcheinenden, in Juſtinians Geſetzgebung aber weit ſtärker hervortretenden Entwicklung. Auf verſchiedene Weiſe ſuchte man, dem Princip der freyen Klagen immer mehr Raum zu verſchaffen (a); die Ausdehnung der Compenſation, die urſprünglich nur für die b. f. actiones gelten ſollte, zuerſt auf die Condictionen, endlich auf alle Klagen überhaupt, iſt nur ein einzelnes Stück derſelben Rechtsentwicklung (b). Einen ſtarken Halt gab dem alten Actionenſyſtem lediglich der noch im Juſtinianiſchen Recht ſichtbare, ausgedehnte Gebrauch der Stipulation. Seit dem Verſchwinden derſelben war gar kein Grund mehr zur Fortdauer jenes Syſtems vorhanden, und die einzelnen, in den Rechtsquellen erhaltenen Überreſte des alten Unterſchieds waren nun ganz willkührlich und inconſequent geworden.

Für die Thatſache jener eingetretenen Veränderung

(a) Vgl. oben § 220, und Beylage XIII. Num. XX.
(b) Beylage XIII. Num. IV.

kann man sich zuversichtlich auf das Bewußtseyn aller Derjenigen berufen, welchen Rechtsgeschäfte nicht aus der Theorie, sondern nur aus Erfahrung bekannt sind. Es würde schwer seyn, einem Solchen begreiflich zu machen, daß die Schuld aus einem Darlehen, oder einem irrig gezahlten Indebitum, eine ganz andere Natur habe, als die aus einem Kauf oder Miethcontract; er müßte nothwendig Vorlesungen über Römisches Recht gehört haben, um es verstehen zu können. — Dieses wird noch gewisser durch die Vergleichung mit demjenigen heutigen Rechtsgeschäft, welches völlig die Natur eines Römischen stricti juris Contracts hat, dem Wechselgeschäft nämlich; hier weiß Jeder, daß die so contrahirte Schuld eine ganz andere Natur und Wirkung hat, als die oben erwähnten Verträge, welchen er dagegen eine unter sich durchaus gleichartige Wirkung zuschreiben wird. — Es kommt noch der wichtige Umstand hinzu, daß die erste Bedingung wirklich fortdauernder Rechtsregeln die Kenntniß derselben ist; nun lag aber der Unterschied der stricti juris und bonae fidei actiones bisher größtentheils im Dunkeln, und es ist erst durch die sehr neue und zufällige Entdeckung der Institutionen des Gajus möglich geworden, klar in dieser Sache zu sehen.

Eine unwidersprechliche Bestätigung jener Veränderung liegt ferner in einem unsrer Reichsgesetze. Der bestimmteste praktische Unterschied jener beiden Arten der Klagen, der auch jetzt noch als fortdauernd sehr wohl denkbar

wäre, findet sich in den Verzugszinsen, die aus einem Darlehen, eben so wie bey der condictio indebiti, nicht sollen gefordert werden können, anstatt daß sie bey der actio venditi, locati u. s. w. allerdings gelten (c). Nun sagt aber der Reichsdeputationsabschied von 1600 § 139, bey dem Gelddarlehen solle jeder Glaubiger, einer allgemeinen Präsumtion nach, Fünf Procent Zinsen zu fordern befugt seyn, mit dem Vorbehalt, einen in dieser Gegend üblichen höheren Zinsfuß beweisen zu dürfen. Es würde ganz irrig seyn, dieses Gesetz als Aufhebung der bis dahin geltenden entgegengesetzten Regel des Römischen Rechts anzusehen. Es setzt vielmehr stillschweigend voraus, daß im heutigen Recht alle Verträge die Natur der Römischen bonae fidei Contracte haben, und will nur den Beweis des landüblichen Zinsfußes durch eine Präsumtion erleichtern. Es wäre gewiß sehr willkührlich, daneben noch bey der condictio indebiti die Verzugszinsen zu versagen, oder irgend eine andere bey den Römern geltende Eigenthümlichkeit der str. j. actiones für das Darlehen oder die condictio indebiti fest halten zu wollen.

Auch hat diese Veränderung bey der überwiegenden Anzahl neuerer Schriftsteller entschiedene Anerkennung gefunden (d). Wenngleich nun die von Manchen für diese Behauptung aufgestellten Gründe ganz unbefriedigend

(c) Beylage XIII. Num. III.

(d) Höpfner Commentar § 1135. Glück B. 4 § 310. Thibaut § 71 der achten Ausgabe. Mühlenbruch Vol. 2 § 329. Außerdem auch noch die von Diesen angeführten früheren Schriftsteller.

sind (e), so ist doch ihr Zeugniß für die Thatsache der Veränderung selbst, und den damit allgemein übereinstimmenden Gerichtsgebrauch, darum nicht weniger entscheidend. Der partielle Widerspruch aber, der sich bey wenigen Schriftstellern hierüber findet, beruht wohl nur auf Misverständnissen, und würde auch von ihnen gewiß nicht in der dabey denkbaren Allgemeinheit geltend gemacht werden (f). — Besondere Erwähnung verdient hier noch eine einzelne Anwendung des alten Unterschieds. Ein Rescript von Caracalla spricht aus, daß mit der condictio indebiti stets nur die gezahlte Summe selbst, niemals Zinsen derselben gefordert werden durften (g); offenbar wegen der

(e) Höpfner und Glück (Note d) gründen sich darauf, daß der ganze Unterschied auf dem bey uns verschwundenen Formularcontracten beruhe; sie setzen also den grundfalschen Satz voraus, die Römer hätten nur bey der Stipulation eine stricti juris actio angenommen. Das Darlehen und das indebitum solutum sind keine Formularcontracte, sie kommen bey uns noch täglich vor, und sie erzeugten bey den Römern stricti juris actiones, so gut als die Stipulation. Es ist also unrichtig, das Verschwinden der stricti juris actiones daraus erklären zu wollen, daß die einzigen Fälle, worin sie von den Römern angewendet wurden, verschwunden seyen.

(f) Schröter in Linde's Zeitschrift B. 7 S. 389—392 behauptet die Fortdauer des alten Unterschieds in Beziehung auf den Eid in litem. Das praktisch Richtige in seiner Behauptung, nämlich die Unanwendbarkeit jenes Eides in manchen Fällen, liegt nicht in der stricti juris Natur dieser Fälle, sondern in dem Mangel anderer Bedingungen, ohne welche jener Eid nicht gilt. Vgl. oben §221. 222. — Liebe, Stipulation S. 93 behauptet die Fortdauer der stricti juris Natur bey dem einfachen Versprechen (nudum pactum) des heutigen Rechts, weil dieses, eben so wie die Römische Stipulation, eine blos formale Gültigkeit habe, im Gegensatz der materiellen Verträge. Er sucht den Grund der stricti juris Natur der Stipulation in einer Eigenschaft, worin er in der That nicht liegt.

(g) *L. 1 C. de cond. indeb.* (4. 5.).

strengen Condictionennatur, und im Gegensatz der b. f. actiones, aus welchen von der Mora an Zinsen zu zahlen sind. Daß also vor der Mora, von der Zeit der empfangenen Zahlung an, keine Zinsen gezahlt werden, ist gar nichts Besonderes, und versteht sich ohnehin von selbst. Nun streiten die Neueren darüber, ob jene Römische Vorschrift noch gelte oder nicht; Manche sagen, sie gelte noch, nur mit Ausnahme der Mora (h); das heißt aber in der That so viel, als sie gelte nicht, da sie nur für die Mora einen besonderen Rechtssatz in sich enthielt. Aus so verworrenen Begriffen hat nun in der That keine feste Praxis entstehen können; ja selbst wenn sie entstanden wäre, müßten wir ihr alle bindende Kraft versagen, da sie nicht aus der Überzeugung eines neuen Rechtsbedürfnisses, sondern nur aus mangelhafter Wissenschaft hervorgegangen seyn würde (§ 20.).

Es ergiebt sich aus dieser Untersuchung, daß die Unterscheidung der Condictionen von den b. f. actiones ihr praktisches Interesse gänzlich verloren hat, und nur noch für die Rechtsgeschichte, und als Nomenclatur für das Verständniß der Rechtsquellen von Wichtigkeit ist. Es kann also lediglich in diesem theoretischen, formellen Interesse geschehen, daß wir in einzelnen Fällen untersuchen, ob gerade eine condictio, oder eine andere Klage begründet sey; in demselben theoretischen Interesse, in welchem

(h) Glück B. 13 § 835.

wir auch den individuellen Namen der Klage für einen gegebenen Fall zu ermitteln suchen.

Wenn wir uns nun aus diesen Gründen überzeugt finden, daß jene Eintheilung der Klagen ihre praktische Bedeutung für uns verloren hat, so drängt sich noch der Zweifel auf, ob nicht hierin unser heutiges Recht einen wesentlichen Verlust erlitten habe, der für uns zu beklagen seyn dürfte. Dieser Gedanke könnte für Diejenigen Schein gewinnen, welche etwa durch den oben (§ 219) gemachten Versuch einer rationellen Erklärung jener Eintheilung überzeugt seyn möchten. Indessen gieng dieser Versuch nicht sowohl darauf aus, die Zweckmäßigkeit oder Nothwendigkeit jener Behandlung an sich zu rechtfertigen, als die Entstehung und Ausbildung dieser Gedanken bey den Römern zu erklären. Gleichsam vor unsren Augen entsteht für die Römer der Begriff von Obligationen in zwey verschiedenen Familien. Sie geben diesem Gedanken praktische Wichtigkeit durch die Einrichtung eines zwiefachen Richteramts mit verschiedenen Attributionen; sie geben ihm Individualität und Festigkeit durch die Aufstellung fester Klagformeln (i). So dauert diese Einrichtung Jahrhunderte lang fort, im Wesentlichen unverändert, allmälig durch neu entstandenes Bedürfniß modificirt. Allein

(i) Es lag hierin gleichsam ein Extrem individueller Verkörperung, welches sich in der Anwendung hier und da etwas unbequem zeigen mochte. Das andere Extrem, ohne Zweifel weit nachtheiliger, zeigt sich in der allgemeinen Preußischen Gerichtsordnung, s. u. Note u.

im Lauf der Zeit war jene ſcharfe Scheidung von zweyerley Obligationen mehr in den Hintergrund getreten; Was ehemals ungleichartig erſchien, war nun zu einem Syſtem gleichartiger Obligationen ausgebildet worden (k). Die durchgreifende Veränderung der Gerichtsverfaſſung, wodurch alle Richtergeſchäfte ungetheilt in die Hände der Obrigkeit gelegt wurden, entzog jener Einrichtung ihre praktiſche Kraft, und ſo iſt Das, was wir davon in der Juſtinianiſchen Geſetzgebung finden, nur noch ein Schatten des urſprünglichen großartig einfachen Rechtsinſtituts. Auch dieſes Wenige aber, was dort noch übrig blieb, iſt bey dem Übergang in das neuere Recht untergegangen, und wir bemühen uns vergeblich, den todten Buchſtaben feſtzuhalten. Wir können alſo, im gewöhnlichen Sinn des Worts nicht ſagen, daß wir Etwas verloren hätten, welches zu beklagen wäre, deſſen Herſtellung wir verſuchen möchten. Unſrer höchſten Aufmerkſamkeit werth aber iſt hier Daſſelbe, was wir auch in anderen Theilen der Rechtsentwicklung zu bewundern haben: der juriſtiſche Kunſtſinn, womit die Römer dem höchſt mannichfaltigen Rechtsſtoff, den ihnen das wirkliche Leben darbot, individuellen Character, und eine faſt unzerſtörliche Dauer zu geben wußten. Daran können wir lernen, wenn wir die

(k) Dieſer Entwicklungsgang läßt ſich durch einige treffende Analogieen anſchaulich machen. So iſt das in bonis eine zweyte Art von dominium geworden, die bonorum possessio eine zweyte Art von hereditas; Beides war urſprünglich blos neben das alte Rechtsinſtitut geſtellt, als rein praktiſche Aushülfe in einzelnen Fällen des Bedürfniſſes.

Fähigkeit dazu aus dem mechanischen Geschäftsbetriebe zu retten vermögen, und wie sehr uns diese Lehre Noth thut, davon kann uns jeder Blick in heutige Gesetzgebung und Praxis überzeugen.

Nicht anders verhält es sich mit der eigenthümlichen Natur der arbitrariae actiones. Das Wichtigste bey denselben, die indirecte Beförderung der Naturalrestitution (§ 221), ist schon im Justinianischen Recht verschwunden, da nach demselben eine solche durch Execution unmittelbar erzwungen wird. Eine Aufforderung zur freywilligen Erfüllung, um der nachtheiligeren Verurtheilung zu entgehen, wäre freylich auch noch jetzt denkbar, allein diese Anstalt ist unsrem heutigen gemeinen Prozeß gewiß völlig fremd. Ja es ist sehr möglich, daß sie auch schon in Justinians Zeit nicht mehr vorkam, und daß der § 31 *J. de act.*, der darauf hinweist, gedankenlos aus einem alten Juristen abgeschrieben worden ist. Aus dem alten Recht der arbitrariae actiones ist also nur noch der Satz übrig, daß in den Fällen derselben der Eid in litem vorzugsweise, als ein Vorrecht des Klägers, vorkommt; ja wir müssen den Eid jetzt auch bey solchen auf Restitution gerichteten Klagen gelten lassen, welche sonst, als stricti juris Klagen, dazu nicht geeignet waren (§ 222), weil für uns der Begriff der strengen Klagen verschwunden ist. Wenn also ein Indebitum nicht in Geld, sondern in einer individuell bestimmten Sache, aus Irrthum entrichtet war, und jetzt diese Sache zurück gefordert wird, so muß dabey aller-

dings der Eid in litem eintreten. Es würde aber unrichtig seyn, die Klagen, worin dieser Gebrauch des Eides zulässig ist, deshalb als arbitrariae actiones ansehen und bezeichnen zu wollen.

Manche werden es tadeln, daß diese Lehre, deren Unwerth für die heutige Anwendung des Rechts von den meisten Schriftstellern, und auch von mir selbst behauptet wird, hier dennoch mit solcher Ausführlichkeit behandelt worden ist. Wie wenig uns die Übereinstimmung der Schriftsteller über den nachtheiligen Einfluß der hierin herrschenden Irrthümer auf unsre Rechtskenntniß beruhigen kann, wird durch folgende Thatsachen einleuchtend werden. Wer die eben so irrige, als verworrene Darstellung der Sache bey Höpfner betrachtet (l), muß sich überzeugen, daß auf diesem Boden die bedenklichsten praktischen Irrthümer wachsen und gedeihen können; hier liegt es nicht an der mangelhaften Individualität des Schriftstellers, der außerdem gerade durch Klarheit der Begriffe und der Darstellung ausgezeichnet ist. Glück behauptet zwar auch, diese Lehre habe ihre Anwendbarkeit verloren; dennoch behandelt er ganz ernsthaft die condictio triticaria als ein noch geltendes Rechtsinstitut, und untersucht ausführlich ihre Bedingungen und Folgen (m); er hätte unfehlbar eine gleiche Ehre der certi und der incerti condictio widerfahren lassen, wenn sich zufällig Digestentitel

(l) Höpfner Commentar §1128—1134.

(m) Glück B. 13 § 843. 844, besonders S. 298.

mit solchen Überschriften fänden. Gans behauptet mit großem Nachdruck, das System der Römischen Klagen müsse der heutigen Darstellung des Obligationenrechts zum Grunde gelegt werden, wenn diese zu einer befriedigenden Einsicht führen solle (n). Endlich zeigen die oben angeführten einzelnen Beyspiele (Note f), wie wenig die Lehre unsrer meisten Schriftsteller gegen stets erneuerte Angriffe gesichert ist, indem die fortdauernde Gültigkeit des alten Klagensystems immer wieder behauptet werden wird, solange nicht eine von Grund aus geführte Untersuchung den schwankenden Meynungen ein Ziel gesetzt hat. Ob das hier Geleistete diesen Zweck erreicht, kann freylich sehr in Frage gestellt werden; der darauf gerichtete Versuch aber dürfte in den hier angegebenen Thatsachen wohl seine Rechtfertigung finden.

Wir müssen jedoch noch einen Schritt weiter gehen, und der hier angestellten Untersuchung einen gewissen Werth und Einfluß nicht blos für die Sicherheit der Theorie des Rechts, sondern auch für die Anwendung desselben im wirklichen Leben zuschreiben. Hierin aber fällt die Untersuchung der Condictionen und der übrigen dargestellten Gattungen von Klagen zusammen mit der Bestimmung und Bezeichnung der einzelnen Klagen, wovon jene Gattungen ja nur die Grundlage bilden. Und Dieses führt uns auf

(n) Gans Obligationenrecht S. 7. 9. 42. 132. — Später hat er hierin seine Meynung geändert: System des Römischen Civilrechts im Grundrisse Berlin 1827. S. 226.

die überall vorkommende Behauptung, daß im heutigen Prozeß sowohl die Auslassung, als die falsche Bezeichnung des Namens der Klage unschädlich sey, wenn nur die wirklich gemeynte Klage aus den Thatsachen und Anträgen der Parteyen mit Sicherheit hervorgehe (o). Dieses muß nicht nur für unsere Zeit unbedingt zugegeben, sondern selbst für das ältere Römische Recht gewissermaßen behauptet werden. Auch in dem Formularprozeß wurde nicht eigentlich der Name der Klage genannt, sondern nur die formula angegeben (p), und auch diese war oft so allgemein, daß sie das individuelle Klagrecht nicht bezeichnete (q). Vollends seit der Aufhebung der ordinaria judicia konnte auch von einer formula nicht mehr die Rede seyn. Allein für den urtheilenden Richter steht es ganz anders. Wenn sich Dieser damit begnügt, blos im Allgemeinen zu prüfen, welcher Theil Recht oder Unrecht habe, so ist er in Gefahr, sich ganz in's Allgemeine und Unbestimmte zu verlieren. Will er aber die gegenseitigen Ansprüche individualisiren, so ist ihm dabey im Römischen

(o) Cocceji jus controv. II. 13 qu. 3. Weber Beyträge St. 2 S. 6. — Manche Gerichte haben diese Regel so übertrieben, daß auch gegen den Willen (d. h. den Antrag) der Parteyen die ihnen günstigen Folgen der vorgetragenen Thatsachen vom Richter geltend gemacht werden sollen. Cannegiesser Dec. Hasso-Cassell. T. 1 p. 307. 507. 572. Mit Recht erklärt sich dagegen Gönner Handbuch B. 1 Num. X. § 11.

(p) In der Formel: Si paret, fundum Agerii esse kam der Name rei vindicatio nicht vor, eben so in der Formel: Si paret, centum dari oportere nicht der Name condictio. Das waren blos theoretische Bezeichnungen.

(q) Beylage XIV. Num. XXXII. XXXIII.

Recht die Nomenclatur der Klagen völlig unentbehrlich; denn dieſe iſt für das Syſtem des praktiſchen Rechts ungefähr Das, was die Grammatik für die Sprache iſt. Ich kann mich auf die Erfahrung eines Jeden berufen, der die gemeinrechtliche Praxis kennt, wie ſehr die Beurtheilung der Rechtsverhältniſſe ſelbſt durch jene Nomenclatur an Schärfe und Sicherheit gewinnt (r). — Manche neuere Schriftſteller haben Dieſes recht gut eingeſehen (s), während Andere jene Behauptung der praktiſchen Gleichgültigkeit der Nomenclatur dahin umbilden, daß uns die Mühe theoretiſcher Unterſuchungen abgenommen, damit aber auch die wahrhaft heilſame Frucht derſelben für das praktiſche Recht entzogen ſeyn ſollte.

Um die praktiſche Gleichgültigkeit der Klagnamen zu beweiſen, führt man unnöthigerweiſe eine Stelle des canoniſchen Rechts an, welche allerdings dieſe Regel ausſpricht, aber in Ausdrücken, nach welchen man annehmen kann, daß ſich der Verfaſſer den eben erörterten Unterſchied nicht klar gemacht habe, und welche daher zur Unterſtützung der hier gerügten irrigen Anſicht beytragen mußten (t). Ein Gleiches iſt von einer Vorſchrift des

(r) Vgl. B. 1 § 20 S. 92.

(s) Coccejı jus controv. II. 13 qu. 3 „Obj. 2. Quod actionum nomina frustra essent inventa. Resp. *Imo manet eorum usus ad rite discernenda negotia.*"

(t) *C.* 6. *X. de jud.* (2. 1.). „Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, *cujusmodi actio intentetur, inquiratis,* sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem ... investigare curetis." Hier geht die Warnung gegen die theoretiſche Unterſuchung, wodurch der Richter ſein Urtheil auf feſten Grund zu bauen ſuchen

Preußischen Prozesses zu behaupten, welche gegen die ängstliche Beachtung der aus dem Römischen Recht hergebrachten Nomenclatur warnt (u), und damit um so sicheren Erfolg haben mußte, als das gleichzeitige allgemeine Landrecht eine solche Nomenclatur nicht hat. Die nachtheiligen Folgen dieser Veränderung haben sich in der hieraus entsprungenen Praxis sehr fühlbar gemacht.

§. 225.

Vertheidigung des Beklagten. Einleitung. Duplex actio.

Die Verwandlung der Rechte überhaupt in Klagrechte, in Folge von Verletzungen, ist nunmehr dargestellt, und es sind zugleich die mannichfaltigen Rechtsbildungen nachgewiesen worden, die in dieser Verwandlung ihre gemeinsame Wurzel haben. Da jedoch im wirklichen Leben jedes Klagrecht zunächst nur als eine einseitige Behauptung erscheint, die eben sowohl wahr als falsch seyn kann, so

möchte. Mit einer solchen Untersuchung ist die nachher richtig empfohlene Prüfung der thatsächlichen Wahrheit gar wohl vereinbar.

(u) Allgemeine Gerichtsordnung Th. 1 Tit. V § 20. „Sie müssen sich aber auch dabei an die aus dem ehemaligen Römischen Rechte hergeleiteten und von den Lehrern desselben gebildeten sogenannten Genera et Formulas actionum nicht ängstlich binden; folglich auch keine angegebene Thatsache bloß um deswillen verwerfen, oder unerörtert lassen, weil dieselbe auf diese oder jene Gattung von Klagen nicht zu passen scheint." Ob diese oder jene Gattung von Klagen paßt, ist freylich gleichgültig, wenn aber gar keine passen will, so ist das ein Kennzeichen, daß überhaupt kein wirkliches Recht vorhanden ist, mag auch der Richter aus einem unklaren Billigkeitsgefühl geneigt seyn, ein solches anzunehmen.

tritt der Klage gegenüber die Vertheidigung des Beklagten, und dieses Verhältniß von Gegensätzen ist dann noch einer ferneren Entwicklung fähig.

In der Regel nun erscheint dieses Verhältniß ganz so einfach, wie es hier vorläufig angegeben worden ist. Dem Kläger steht ein Beklagter gegenüber, und Jeder von Beiden hat diese seine Eigenschaft durch den ganzen Rechtsstreit durchzuführen. Es giebt aber auch eine kleine Anzahl ausgenommener Fälle, worin jede Partey beide Eigenschaften in sich wirklich vereinigt, so daß Jeder Kläger ist, und doch zugleich als Beklagter verurtheilt werden kann. Diese Klagen heißen duplices actiones, duplicia judicia, und diejenigen unter ihnen, welche Interdicte sind, duplicia interdicta (a); einmal werden sie auch mixtae actiones genannt (b). In unsren Rechtsquellen werden nur folgende Fälle namentlich als solche bezeichnet. Erstlich die drey sogenannten Theilungsklagen: communi dividundo, familiae herciscundae, finium regundorum (c). Ferner die zwey interdicta retinendae possessionis, uti possidetis und utrubi (d). In allen diesen Klagen also

(a) Savigny Recht des Besitzes § 37. Der Ausdruck duplex interdictum hat aber noch eine ganz andere Bedeutung, nämlich die eines Interdicts, welches bald adipiscendae, bald recuperandae possessionis ist. Ulpiani fragm. de interdictis, *L.* 2 § 3 *de interdictis* (43. 1.). Savigny a. a. O., S. 481 der 6ten Ausg.

(b) *L.* 37 § 1 *de O. et A.* (44. 7.).

(c) *L.* 2 § 1 *comm. div.* (10. 3), *L.* 2 § 3 *L.* 44 § 4 *fam. herc.* (10. 2), *L.* 10 *fin. reg.* (10. 1), *L.* 37 § 1 *de O. et A.* (44. 7.).

(d) Gajus IV. § 160, § 7 *J. de interd.* (4. 15), *L.* 2 *pr. de interd.* (43. 1), *L.* 3 § 1 *uti poss.*

kann jeder Theil verurtheilt werden, anstatt daß in den meisten Klagen nur der Beklagte verurtheilt, der Kläger höchstens abgewiesen werden kann. In manchen Beziehungen freylich ist es auch bey jenen Klagen unentbehrlich, den Kläger vom Beklagten zu unterscheiden, namentlich wenn ein Beweis auferlegt werden soll; nun gilt als Kläger Derjenige, welcher sich zuerst an den Richter gewendet hat, und wenn Dieses von Beiden gleichzeitig geschah, so entscheidet das Loos (e).

Kehren wir von diesen wenigen Ausnahmen zu dem einfachen, regelmäßigen Verhältniß zurück, worin Ein Kläger Einem Beklagten gegenüber steht, so haben wir zunächst den möglichen Inhalt der Vertheidigung zu erwägen, und die in derselben denkbaren Verschiedenheiten anzugeben.

Die Vertheidigung kann sich gründen *erstlich* auf die Verneinung des gegenwärtigen Daseyns des vom Kläger behaupteten Rechts; *zweytens* auf die Entgegensetzung eines andern, von jenem verschiedenen, dem Beklagten zustehenden Rechts, wodurch das Recht des Klägers, dessen Daseyn vorausgesetzt, in seiner Klagwirkung gehemmt wird.

(43. 17), *L.* 37 § 1 *de O. et A.* (44. 7.).

(e) *L.* 13. 14 *de judic.* (5. 1), *L.* 2 § 1 *comm. div.* (10. 3.). — Eine ganz ähnliche Natur haben die praejudicia, wobey es auch für die Entscheidung gleichgültig ist, wer als Kläger auftritt, so daß der Kläger nach derselben Regel wie bey jenen Klagen ermittelt wird. *L.* 12 *de exc.* (44. 1.). Der Unterschied ist nur der, daß bey den duplices actiones jeder Theil condemnirt werden kann, bey den praejudiciis keiner von beiden; daher ist auch auf diese letzten jene Benennung nicht angewendet worden.

Die Verneinung aber läßt sich wiederum auf zweyerley Weise denken; sie kann nämlich auf die ganze Vergangenheit gerichtet seyn, also das Daseyn des Rechts für alle Zeiten ausschließen; sie kann aber auch dessen früheres Daseyn zugeben, und nur die spätere Vernichtung behaupten. Um beide Fälle kurz und bestimmt unterscheiden zu können, will ich die erste Art als absolute, die zweyte als relative Verneinung bezeichnen.

Eines der wichtigsten praktischen Momente im Verhältniß des Klägers zum Beklagten ist die Beweislast; obgleich nun diese erst an einer späteren Stelle ihre Erledigung finden kann, so soll doch schon hier das Verhältniß derselben zu den verschiedenen Arten der Vertheidigung vorläufig angegeben werden.

Aus der eben angestellten Betrachtung ergeben sich drey Klassen möglicher Vertheidigung.

I. Absolute Verneinung. Als einfachste Beyspiele können die Fälle dienen, wenn bey einer Vindication die behauptete Tradition, bey einer Schuldklage der behauptete Contract, verneint wird. — Die Beweislast trifft in der Regel den Kläger.

II. Relative Verneinung. Beyspiele: bey der Vindication wird behauptet, der Kläger habe das Eigenthum zwar gehabt, aber veräußert; bey der Schuldklage wird die Bezahlung behauptet. — Die Beweislast trifft den Beklagten.

III. Bestreitung durch ein entgegenstehendes Recht

des Beklagten. Beyspiele: bey der Vindication die Exception aus einem jus in re (f) oder einem Contract; bey der publiciana die exceptio dominii (g); bey allen Klagen die exceptio rei judicatae. — Die Beweislast trifft den Beklagten.

Die eigenthümliche Natur dieser drey Klassen möglicher Vertheidigung wird durch folgende nähere Bestimmungen vollständiger zur Anschauung kommen.

Die erste Klasse (absolute Verneinung) erscheint nicht immer in der rein logischen Form der Verneinung. Denn wenn die Klage selbst als Bedingung ein negatives Element in sich schließt, so erscheint die Verneinung desselben in der logischen Form einer Bejahung, und dennoch trifft nicht minder den Kläger die Beweislast. So gehört zur Begründung der condictio indebiti die Behauptung einer Nichtschuld, und der absolute Widerspruch dagegen ist die Behauptung einer Schuld; der Kläger aber hat die Nichtschuld zu beweisen.

Weit wichtiger aber für die wahre Natur jener ersten Klasse ist folgender Umstand. Zu den wesentlichen Elementen jeder Klage gehört nur das allgemeine Daseyn der factischen Bedingungen des bestrittenen Rechts. Die gehörige, regelmäßige Beschaffenheit dieser Bedingungen versteht sich dann von selbst, und wenn diese von dem Beklagten verneint wird, so tritt er damit in dasselbe Ver-

(f) *L.* 6 § 9 *comm. div.* (10. 3), *L.* 1 § 4 *de superfic.* (43. 18.).
(g) *L.* 17 *de public.* (6. 2.).

hältniß, wie wenn er (bey der relativen Verneinung) die spätere Aufhebung des früher vorhandenen Rechts behauptet: er trägt nämlich auch hier die Last des Beweises. Dieses Verhältniß ist von der wichtigsten und ausgedehntesten Anwendung. Es tritt ein, wenn bey einer Contractsklage der Beklagte die Unmündigkeit oder den Wahnsinn eines Contrahenten behauptet; eben so bey der Behauptung, daß ein im Allgemeinen zugestandenes Versprechen durch Bedingung, Zeit, Ort beschränkt, oder daß es alternativ gewesen sey; eben so wenn der Beklagte das Daseyn einer Erklärung einräumt, jedoch hinzufügt, es sey eine Erklärung ohne Willen gewesen (§ 134—138). Dieser wichtigen Regel liegt zum Grunde die Annahme, daß, bey dem scheinbaren Auftreten und Handeln eines Menschen, das vollständige Daseyn dieses Menschen als eines willensfähigen Wesens sich als Regel von selbst versteht; eben so wie bey einer scheinbaren Willenserklärung die Übereinstimmung der Erklärung mit dem wirklichen Willen, deren natürliches Zeichen sie ist (g[1]).

Die zweyte Klasse der Vertheidigung (relative Verneinung) hat eine zweydeutige Natur. Sie erscheint als Verneinung, wenn man auf das Recht der Klage sieht, da dieses als jetzt gar nicht vorhanden angegeben wird; als Bejahung, mit Hinsicht auf den thatsächlichen Grund der Klage. Nach der einen Auffassung erscheint sie in näherer Verwandtschaft mit der ersten Klasse der Verthei-

(g[1]) Bethmann-Hollweg Versuche über Prozeß S. 349—360.

digung, nach der andern mit der dritten Klasse. Die erste Auffassung aber ist ohne Zweifel dem Römischen Recht angemessen, und dieses Verhältniß eben soll durch die von mir gewählte Terminologie ausgedrückt werden (h).

Über das Verhältniß der dritten Klasse der Vertheidigung zu den beiden ersten ist Folgendes zu bemerken. Die Gränze derselben, das heißt die Unterscheidung der Fälle, die dem einen oder dem andern Gebiet angehören, ist großentheils von positiven Rechtsregeln abhängig, hat also einen historischen Character, so daß darin Manches anders seyn könnte, auch wohl bey dem Übergang des Römischen Rechts in die neuere Zeit anders geworden ist. So gehört die Berufung des Beklagten auf Unmündigkeit oder Wahnsinn eines Contrahenten zur ersten Klasse der Vertheidigung, die Berufung auf Zwang oder Betrug zur dritten. Behauptet der Beklagte, eine Schuld sey durch Acceptilation oder Novation, oder eine Servitut sey durch Nichtgebrauch aufgehoben worden, so liegt darin eine relative Verneinung, oder eine Vertheidigung der zweyten Klasse; behauptet er die Aufhebung der Schuld durch unförmlichen Vertrag, so gehört seine Vertheidigung meist zur dritten Klasse. Diese Unterscheidung nun des unförm-

(h) Eine ähnliche Verschiedenheit der Behandlung findet sich auch in anderen Instituten des Prozesses. Der Eid wurde bey den Römern (wenigstens gewiß zur Zeit der alten Juristen) über das Daseyn der Rechtsverhältnisse selbst geschworen; im heutigen Recht kann er nur die Thatsachen betreffen, woraus die Rechtsverhältnisse entspringen.

lichen Vertrags von der Acceptilation und Novation ist im heutigen Recht entschieden verschwunden.

Dagegen ist der praktische Character der Vertheidigung dritter Klasse von dem der beiden ersten Klassen nicht blos historisch, sondern in seinem innern Wesen verschieden. Der durchgreifende Unterschied aber besteht darin, daß in den Fällen der dritten Klasse zwey verschiedene, selbstständige Rechte zu berücksichtigen sind, deren jedes wieder seine eigene Schicksale haben kann. So kann das jus in re, welches eine Exception gegen die Vindication begründete, wieder verloren werden; die exceptio rei judicatae gegen eine Schuldklage kann durch Vertrag entkräftet werden (i). Wenn dagegen einer Vindication die Veräußerung des Eigenthums, oder einer Schuldklage die Zahlung der Schuld entgegengesetzt wird, so kann die vernichtende Kraft dieser Rechtsgeschäfte unmöglich durch spätere Ereignisse, z. B. Verträge, geschwächt worden seyn, da überhaupt Nichts mehr vorhanden war, das einer späteren Entwicklung empfänglich gewesen wäre. Es könnte in diesen Fällen höchstens ein neues Eigenthum, oder eine neue Schuldforderung erworben werden, welche Rechte jedoch mit den früheren gleichartigen Rechten des Klägers keinen inneren Zusammenhang haben würden (k). Es ist wohl zu be-

(i) Für solche Fälle gilt der Ausdruck der *L.* 95 § 2 *de solut.* (46. 3) „incipit obligatio civilis auxilium exceptionis amittere." — *L.* 27 § 2 *de pactis* (2. 14) „Pactus *ne peteret*, postea convenit *ut peteret:* prius pactum per posterius elidetur .... et ideo replicatione exceptio elidetur."

(k) *L.* 27 § 2 *de pactis* (2. 14.). ... „Sed si pactum con-

merken, daß dieser Unterschied in dem inneren Wesen der Rechtsverhältnisse gegründet ist, also keinen blos historischen Character hat. Zwar die Anwendung auf manche einzelne Fälle kann durch positives Recht so oder anders bestimmt werden, wie Dieses schon oben bemerkt worden ist; aber die Unmöglichkeit, etwas wahrhaft Vernichtetes wieder zu Kräften zu bringen, hat keine historische Natur. Dasjenige, was diesen Schein an sich trägt, und etwa dafür ausgegeben wird, kann nur die Errichtung eines ganz neuen Rechtsverhältnisses seyn, wenngleich Dasselbe dem früheren durch Gegenstand und Geldwerth ähnlich, also für den praktischen Zweck des Verkehrs mit ihm gleichgeltend seyn mag.

Die Art, wie die Römer die hier dargestellten Gegensätze aufgefaßt und anerkannt haben, zeigt sich am Deutlichsten in denjenigen Klagen, die eine formula in jus concepta hatten. Die Intentio: fundum Agerii esse, oder Numerium centum dare oportere, gieng auf das gegenwärtige Daseyn des Rechtsverhältnisses, enthielt also schon unmittelbar die Beachtung der beiden ersten Klassen möglicher Vertheidigung. Der Zusatz: nisi soluta pecunia sit

ventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut injuriarum, non poterit postea paciscendo *ut agere possit*, agere: quia et prima actio sublata est, et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est: non enim ex pacto injuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus et in b. f. contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: *non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum.*"

wäre eine ganz müssige Wiederholung gewesen, und kam daher niemals vor, da man von dem Schuldner, welcher gezahlt hat, unmöglich noch sagen kann: eum dare oportere; wenn sich also der Judex überzeugte, daß die Schuld bezahlt sey, so war er durch die Worte: si non paret (dari oportere) absolve schon unmittelbar zur Absolution angewiesen. Ganz anders, wenn der Beklagte das Daseyn des Eigenthums oder der Schuld dahin gestellt seyn läßt, und sich blos auf ein schon gesprochenes rechtskräftiges Urtheil beruft. Diesen Umstand zu berücksichtigen, enthielten jene Worte der Intentio durchaus keine Anweisung, so daß dafür durch den Zusatz gesorgt werden mußte: si ea res judicata non sit. Daß bey manchen Klagen dieser Zusatz durchaus in der Formel ausgedrückt seyn mußte, um beachtet werden zu können, bey anderen Klagen aber vom Richter supplirt werden durfte (l), ändert im Wesen jenes Unterschieds der Vertheidigungsmittel Nichts.

Weniger bestimmt waren in dieser Hinsicht die formulae in factum conceptae. Auch bey ihnen wurde zuweilen der Ausdruck so gefaßt, daß er schon unmittelbar auf die Beachtung der relativen Verneinung führte (m), zuweilen auch nicht (n). Es war aber hier die geringere

(l) Beylage XIII. Num. IV. Darauf geht der Ausdruck: exceptio *inest* actioni, d. h. sie ist so anzusehen, als ob sie in der Formel ausgedrückt wäre. — Zimmern Rechtsgeschichte B. 3. § 98 will Dieses mit Unrecht als eine Eigenthümlichkeit der b. f. actiones behandeln, da es in der That auf alle freye Klagen geht.

(m) Gajus IV. § 47 „... eamque dolo malo .. redditam non esse" ...

(n) Gajus IV. § 46; nach der

Genauigkeit des Ausdrucks weniger bedenklich, weil dieſe Formeln hauptſächlich bey allen prätoriſchen Klagen gebraucht wurden, in welchen ohnehin der Richter ſehr freye Macht hatte (o).

So fand alſo im älteren Römiſchen Prozeß der weſentliche Unterſchied, den wir zwiſchen den beiden erſten Arten der Vertheidigung und der dritten Art wahrgenommen haben, ſeinen beſtimmten und anſchaulichen Ausdruck in der Faſſung der Formeln. Dieſes führt uns auf die genauere Betrachtung der Exceptionen.

§. 226.

Exceptionen. Form. Geſchichte.

Zimmern Geſchichte des Römiſchen Privatrechts B. 3 (1829) § 91—98.

J. A. M. Albrecht die Exceptionen des gemeinen Civilprozeſſes München 1835.

Exceptio iſt der Römiſche Ausdruck für diejenige Art der Vertheidigung eines Beklagten, welche auf der Behauptung eines ſelbſtſtändigen Rechts deſſelben beruht. Sie führt dieſen Namen, weil ſie darauf abzweckt, eine Freyſprechung als Ausnahme zu bewirken, ſelbſt wenn das

wörtlichen Faſſung dieſer Formel könnte man glauben, daß ſelbſt die freywillige Zahlung der Strafe den Freygelaſſenen nicht von der Verurtheilung befreyt hätte, welches doch gewiß nicht anzunehmen iſt.

(o) Beylage XIII. Num. VI.

Außer den prätoriſchen Klagen hatten auch einige wenige Civilklagen eine formula in factum concepta; dieſe aber waren b. f. actiones, alſo gleichfalls Klagen mit freyer Macht des urtheilenden Richters. Gajus IV. § 47.

vom Kläger behauptete Recht an sich vorhanden seyn sollte. Daher wurde der Intentio und Condemnatio: Si paret fundum Agerii esse, oder centum dari oportere ... condemna, die Ausnahme hinzugefügt: si ea res judicata non sit. Es erklärt sich hieraus der negative Ausdruck aller Exceptionen im Verhältniß zu der positiven Anweisung der, unter Voraussetzung der Wahrheit der Intentio, auszusprechenden Condemnatio (a); ferner die bey mehreren alten Juristen vorkommende Erklärung der Exceptio als einer Bedingung der Condemnatio (b). Nämlich schon die Intentio selbst ist eine Bedingung (Si paret); zu

(a) Gajus IV. § 119. „Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur quia (ejus quod?) adfirmat is, cum quo agitur .... ideo scilicet, quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est ne aliter judex eum, cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit" rel. — Vgl. Zimmern S. 290. — Mit Unrecht hat man die Allgemeinheit dieser negativen Fassung bezweifeln wollen (Albrecht S. 21.) wegen mancher positiv ausgedrückten Stellen, z. B. *L.* 11 § 3 *de exc. rei jud.* (44. 2.) „ ... obstaret exceptio, *quod res judicata sit inter me et te.*" Solche Stellen enthalten nur allgemeine Angaben des Inhalts: in der Formel selbst lautete die Fassung gewiß negativ. — Zimmern S. 298 hält die Exceptionsformel mit extra quam si für positiv; allein extra quam si heißt genau so viel als nisi, die eine Formel ist also völlig so negativ wie die andere.

(b) *L.* 22 *pr. de exc.* (44. 1.). „Exceptio est *condicio*, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem." — Gajus IV. § 119 (vgl. Note a.). — Im Wesentlichen damit übereinstimmend ist *L.* 2 *pr. de exc.* (44. 1.). „Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio ... ad cludendum (excludendum? intercludendum?) id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. Daher heißt eine Klage ohne Exception judicium *purum.* Cicero de inventione II. 20.

dieſer Hauptbedingung aber tritt jetzt als Nebenbedingung hinzu die Nichtexiſtenz der Exception, und Das iſt es, was jene Juriſten ausdrücken wollen (c). Die Exception iſt alſo allerdings eine Vertheidigung des Beklagten (d), aber nicht jede Vertheidigung überhaupt darf ſo genannt werden, ſondern nur eine einzelne Art derſelben (e). Der Ausdruck wird im alten Recht niemals gebraucht, um die abſolute, oder ſelbſt die relative Verneinung zu bezeichnen, ſo daß die Ausdrücke exceptio solutionis, usucapionis u. ſ. w. gewiß bey keinem alten Juriſten vorkommen (f).

(c) Mit Unrecht haben Manche behauptet, die in den Noten a. und b. mitgetheilten Definitionen ſeyen ſo allgemein gefaßt, daß ſie auch wohl auf die relativen Verneinungen paßten, alſo den Ausdruck solutionis exceptio rechtfertigen könnten (Mühlenbruch § 137 not. 2.). Denn die drey angeführte Stellen erklären übereinſtimmend die Exception für eine Einſchränkung oder Bedingung des in der Intentio und Condemnatio ausgedrückten Gedankens, alſo für etwas außer dieſem Gedanken Liegendes, in ihm nicht ſchon Enthaltenes. Jede Verneinung aber, ſowohl die abſolute als die relative, bezieht ſich unmittelbar auf jenen Gedanken ſelbſt. Denn auch wer die Zahlung einer Schuld behauptet, will damit ſagen: se dare *non oportere*, verneint alſo die Intentio geradezu, und will nicht *condicionalem* facere condemnationem.

(d) *pr. J. de except.* (4. 13.). „Comparatae sunt autem exceptiones *defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur.*" Eben ſo Gajus IV. § 116, nur ſteht hier in der Handſchrift reorum ſtatt eorum.

(e) So heißt es in *L.* 56 *de cond. ind.* (12. 6.) *„exceptionis* defensio," welcher Ausdruck andeutet, daß es außer der Exception auch noch andere Arten der defensio gebe.

(f) Die verbale Form excipere galt nicht eben ſo als eigenthümlicher Kunſtausdruck, ſo daß hier der Sprachgebrauch weniger ſtreng war. *L.* 18 § 2 *de prob.* (22. 3.) „.. qui excepit *se non respondisse.*" In keinem Fall kann dieſe Stelle dazu benutzt werden, die von vielen Neueren behauptete Erweiterung des Ausdrucks auf die relative Verneinung (wie die exceptio solutionis) zu rechtfertigen. Denn in dieſer Stelle iſt ſogar

Da die Exceptionen Bestandtheile der von dem Prätor ausgehenden formula waren, so hatte der Beklagte darum zu bitten, der Prätor sie zu gewähren oder zu verweigern (g). Ihre wörtliche Aufnahme in die Formel war bey den strengen Klagen nöthig, bey den freyen Klagen zwar nicht nöthig, aber doch sehr gewöhnlich, und sie wurde auch hier schwerlich verweigert, wenn der Beklagte darum bat (§ 225.). Sie wurde aber, eben so wie die actio, nur gegeben, wo eine Thatsache streitig war, da außerdem der Prätor gleich unmittelbar entscheiden konnte, ohne eines Juder zu bedürfen (h).

Der Ausdruck Praescriptio ist im Justinianischen Recht völlig gleichbedeutend mit Exceptio, so daß überall beide Ausdrücke ohne Gefahr abwechslend gebraucht werden können (i). Erst durch Gajus haben wir folgenden Ursprung

von einer absoluten Verneinung die Rede, und von dieser behauptet Niemand, daß sie von den Römern exceptio genannt worden sey, oder von uns so genannt werden dürfe.

(g) Darauf gehen die Ausdrücke: exceptionem petere, postulare, dare, addere, reddere, denegare.

(h) *L.* 9 *pr. de jurejur.* (12. 2.). „.. posteaquam juratum est, *denegatur actio:* aut, si controversia erit, id est si ambigitur, an jusjurandum datum sit, *exceptioni locus est.*" Die Exception wird also nur angewendet, wenn die Thatsache bestritten ist.

(i) Dafür beweisen die Rubriken Dig. 44. 1 und Cod. 8. 36; dann eine Stelle des Paulus, worin für einen und denselben Fall abwechslend praescriptio und exceptio gesagt wird. *L.* 12 *de div. temp. pr.* (44. 3.); ferner praescriptio peremtoria, dilatoria in *L.* 8. 12 *C. de except.* (8. 36.); doli, rei judicatae, in factum praescriptio, wo sonst fast immer exceptio vorkommt. *L.* 91 *de solut.* (46. 3.), *L.* 29 *pr. de exc. rei jud.* (44. 2.), *L.* 23 *de except.* (44. 1.). — Umgekehrt: Exceptio longae possessionis in *L.* 5 § 1 *de div.*

dieses Sprachgebrauchs kennen gelernt (k). Im älteren Prozeß wurden manche Einschränkungen der Intentio und Condemnatio (welche beide stets als ein zusammenhängendes Ganze gedacht werden müssen) vor die Intentio gesetzt, und erhielten von dieser Stellung den natürlichen Namen Praescriptio. Manche derselben wurden im Interesse des Klägers, und auf dessen Antrag, aufgenommen: andere im Interesse und auf den Antrag des Beklagten. Diese letzten waren nun wahre, eigentliche Exceptionen, und es geschah wohl blos zufällig, daß einige Exceptionen auf diese Weise voran geschrieben wurden, anstatt daß die meisten von jeher hinter der Intentio standen (l). Späterhin wurde diese Einrichtung dahin abgeändert, daß nur noch die vom Kläger veranlaßten Einschränkungen voran geschrieben wurden, alle Exceptionen des Beklagten aber an das Ende der Formel. Diejenigen unter ihnen, welche von ihrer früheren Stellung den Namen Praescriptiones

temp. (44. 3.), und temporalis exceptio in *L.* 30 *C. de j. dot.* (5. 12.), anstatt des hierin üblicheren praescriptio. Ja diese umgekehrte Abwechslung konnte zu allen Zeiten vorkommen, da der Name Exceptio gar keine Beziehung auf die Stelle in der Formel hat. So giebt in der That Cicero de inv. II. 20 einer unzweifelhaften Praescriptio den Namen Exceptio, und diese Benennung ist gar nicht, wie Zimmern S. 297 annimmt, für einen uneigentlichen Ausdruck zu halten. — Noch mehrere Stellen finden sich bey Unterholzner Verjährungslehre I. S. 10. 11.

(k) Gajus IV. § 130 — 137. Zimmern § 96. 97, wo dieser Gegenstand gründlich, mitunter wohl zu subtil, behandelt ist.

(l) Ohne Zweifel auch hinter der Condemnatio. Zimmern S. 285 setzt die Exceptionen zwischen die Intentio und Condemnatio, welches wohl in vielen Fällen einen unbehülflichen und undeutlichen Ausdruck veranlaßt hätte.

erhalten hatten, behielten denselben, auch nachdem er aufgehört hatte passend zu seyn, dennoch bey, und so gewöhnte man sich daran, Praescriptio für einen mit Exceptio gleichbedeutenden Namen anzusehen. Dieser veränderte Sprachgebrauch aber wurde noch sehr befördert durch den Untergang des ordo judiciorum, indem nun keine formulae mehr geschrieben wurden, in welchen man verschiedene Stellen hätte unterscheiden können, auch die früheren im Interesse des Klägers gemachten Einschränkungen völlig verschwanden. Allerdings ist bey den einzelnen Exceptionen der eine oder der andere Name vorherrschend, so daß die abweichende Bezeichnung nur als seltene Ausnahme erscheint (Note i.). Dieses ist ohne Zweifel daraus zu erklären, daß z. B. die doli und rei judicatae exceptio stets am Ende der Formel standen, anstatt daß die temporis und die fori praescriptio in früherer Zeit voran geschrieben wurden. — Bey den neueren Juristen freylich, und schon seit mehreren Jahrhunderten, hat der Ausdruck Praescriptio, zur großen Verwirrung der Rechtswissenschaft, eine ganz andere Bedeutung angenommen, nämlich die der Verjährung, welche Veränderung des Sprachgebrauchs jedoch an dieser Stelle gar nicht zu beachten ist (l[1]).

Die Exceptio, in der hier dargestellten Prozeßform, kann erst gebraucht worden seyn seit der Entstehung des ordo judiciorum, in den alten Legis actiones kam sie

(l[1]) Vgl. oben B. 4 §. 178.

nicht vor (m). Es wäre ſogar möglich, daß ſie erſt längere Zeit nach dem Anfang des Formularprozeſſes ihren Urſprung gehabt hätte, obgleich es nicht wahrſcheinlich iſt, daß man dieſe ſo zweckmäßige und nahe liegende Form lange vernachläſſigt haben ſollte.

Mit dem Untergang des ordo judiciorum hörten auch die Exceptionen in der angegebenen Prozeßform auf. Sie waren nun nicht mehr ein Stück der vom Prätor abgefaßten, an den Juder gerichteten, formula, ſondern ſie wurden das, was ſie bey uns ſind, bloße Anträge des Beklagten an den obrigkeitlichen Richter (n). Es iſt jedoch irrig, wenn Manche annehmen, daß damit das innere Weſen der alten Exceptionen verſchwunden, oder auch nur weſentlich verändert worden wäre. Verſchwunden war allerdings Dasjenige, was an den Exceptionen der früheren Zeit lediglich dem Prozeß angehört hatte, alſo namentlich die verſchiedene Macht, welche in Beziehung auf ſie der Juder, je nach den verſchiedenen Arten der Klagen, gehabt hatte. Dagegen blieben ſie Das, was ſie von jeher geweſen waren, Vertheidigungen des Beklagten,

(m) Gajus IV. § 108. „Alia causa fuit olim legis actionum ... nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum."

(n) Jetzt waren alſo die oben in der Note g. angeführten Ausdrücke nicht mehr paſſend, und man bezeichnete nun die Handlung des Beklagten, welcher die Exception geltend machte, durch: *opponere* oder *objicere* exceptionem. Jedoch war dieſer Ausdruck auch ſchon früher, neben jenen anderen, ſehr gewöhnlich, und das opponere hatte damals denſelben Sinn, wie petere und postulare. Vgl. Gajus IV. § 123. 124., 119 (vgl. oben Note a.), und viele Stellen der Digeſten.

auf selbstständige Rechte desselben gegründet (§ 225.). Wenn daher in den Justinianischen Rechtsbüchern die Lehre von den Exceptionen großentheils mit den unveränderten Worten der alten Juristen vorgetragen wird, so darf Dieses nicht, wie Manche wollen, als gedankenlose und blos scheinbare Aufrechthaltung eines untergegangenen Rechtsinstituts angesehen werden. Es ist daher auch nicht richtig, dem Justinianischen Recht eine wesentliche Veränderung der Kunstausdrücke in dieser Lehre zuschreiben zu wollen. Selbst wenn ein minder strenger Sprachgebrauch in Justinians eigenen Constitutionen erschiene, würde Dieses vielmehr aus der gesunkenen Kunstsprache überhaupt, als aus einer veränderten Rechtsansicht über diesen besonderen Gegenstand, zu erklären seyn; es werden sich aber gewiß nur sehr wenige Stellen finden, worin Justinian von den Exceptionen oder Präscriptionen anders redete, als es auch schon von einem der alten Juristen hätte geschehen können (o).

Es kann endlich auch Das nicht zugegeben werden,

(o) Die *L.* 30 *C. de j. dot.* (5. 12.) gebraucht allerdings den Ausdruck temporalis exceptio in solcher Ausdehnung, daß darunter selbst die Usucapion mitbegriffen wird, also ein Fall relativer Verneinung, der völlig außer dem Gebiet der wahren Exceptionen liegt (§ 225.). Vgl. oben B. 4 § 178. i. Es geschieht aber Dieses in der Verlegenheit, alle bey einer Dos durch Zeit möglicherweise eintretende Veränderungen in kurzen Worten zusammen zu fassen, wozu allerdings ein gemeinsamer ächter Kunstausdruck nicht vorhanden war; die Abweichung von dem genauen Sprachgebrauch ist also hier Nothhülfe für ein einzelnes Bedürfniß, nicht Kennzeichen einer veränderten Natur der Exceptionen.

daß der Name Exceptio im Justinianischen Recht, nachdem seine eigentliche Bedeutung verschwunden sey, auf gedankenlose Weise beybehalten worden wäre, und schon deshalb verworfen werden müßte. Allerdings war die unmittelbare Beziehung jenes Namens die auf die alten Klagformeln, und diese war zu Justinians Zeit verschwunden. Allein die Fassung der Formeln war nicht zufällig, vielmehr drückte sie das innere Wesen der Rechtsverhältnisse aus, und dieses ist unverändert geblieben. Noch jetzt also bezeichnet Exceptio stets das Verhältniß einer Ausnahme von der aus der Klage eigentlich hervorgehenden Verpflichtung, obgleich diese Ausnahme nicht mehr auf die Anweisung an einen Judex zur regelmäßigen Condemnation sich bezieht.

Diese Bemerkungen sind aber nicht blos auf das Justinianische Recht anzuwenden, sondern in gewissem Grade selbst auf deutsche Prozeßgesetze. Nach einer sehr verbreiteten Meynung nämlich soll, was auch der Inhalt des neuesten Römischen Rechts seyn möge, wenigstens der Jüngste Reichsabschied (von 1654) für die Exceptionen das Recht und den Sprachgebrauch gänzlich umgeändert haben. Es gehören dahin folgende zwey Stellen:

§ 37 „was er dabey dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte."

§ 38 „wann er verzügliche oder andere dergleichen Exceptiones vorzunehmen hätte."

Das ist unverkennbar, daß hier unter den Einwendun-

gen und Exceptiones alle möglichen Vertheidigungsmittel des Beklagten zu verstehen sind, und daß daher den in diesem Gesetz enthaltenen Vorschriften über das Verhalten des Beklagten eine sehr weite Ausdehnung gegeben werden muß. Allein für die Behandlung des Gegenstandes in der Rechtstheorie ist in diesem Gesetz kein Gebot enthalten. Mögen wir nun auch den deutschen Ausdruck Einrede einer sehr freyen Behandlung preisgeben, so wollen wir doch den aus dem Römischen Recht herstammenden Kunstausdruck Exception auch ferner in seiner eigenthümlichen Bedeutung fest halten. Dieses ist nicht blos wichtig zur Abwehr der sonst unvermeidlichen Misverständnisse über den Sinn unsrer Rechtsquellen, sondern auch weil der dadurch bezeichnete Rechtsbegriff fast nur durch dieses Mittel festgehalten werden kann; um so wichtiger, als unter den Prozeßschriftstellern der letzten Jahrhunderte eine solche Sprachverwirrung wahrzunehmen ist, daß man sich doppelt freuen muß, wenigstens in Einem Kunstausdruck von historisch bestimmter Bedeutung einen festen Anhaltspunkt zu finden.

§. 227.

Exceptionen. Inhalt. Arten.

Da der Inhalt der Exceptionen in einem selbstständigen Recht des Beklagten besteht, hierin also dem Inhalt der Klagen gleichartig ist, so kommen bey ihnen ganz ähnliche Gegensätze vor, wie bey den Klagen. Auch bey ihnen

wurde die Formel theils ſchon im Edict vorgefunden, theils nach den Bedürfniſſen des einzelnen Falles vom Prätor neu entworfen (a); dieſe letzten heißen dann in factum exceptiones (b), ähnlich den für einzelne Fälle erfundenen Klagen (§ 217.). — Ferner entſpringen ſie, eben ſo wie die Klagen, theils aus dem Civilrecht (lex und quod legis vicem obtinet), theils aus dem prätoriſchen Recht (c). — Endlich kommt auch bey ihnen der Fall vor, daß ſchon bekannte, mit individuellen Namen bezeichnete Exceptionen ſpäterhin auf neue Fälle ausgedehnt wurden, und auch hier wird das Verhältniß einer ſolchen Erweiterung mit

(a) Gajus IV. § 118. „Exceptiones autem alias in edicto Praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat."

(b) Fragm. Vat. § 310 „*neque* Cinciae legis exceptio obstat, *neque* in factum: *si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum.*" — *L.* 4 § 32 *de doli exc.* (44. 4.) exceptione in factum comparata *vel* doli mali." Vgl. *L.* 4 § 16 *eod.*, *L.* 14. 23 *de exc.* (44. 1.), und viele andere Stellen. — Dieſe in factum exceptiones entſprechen alſo ganz den improviſirten in factum actiones (§ 217); es würde jedoch unrichtig ſeyn, die Ähnlichkeit ſo weit durchführen zu wollen, als ob die übrigen Exceptionen in jus conceptae, alſo mit einer juris civilis intentio verſehen geweſen wären. Auch die L. Cinciae exc. wurde gewiß ſo gefaßt: nisi contra L. Cinciam factum sit, hatte alſo eine thatſächliche Faſſung.

(c) Gajus IV. § 118 (unmittelbar nach den in Note a abgedruckten Worten): „Quae omnes vel *ex legibus*, vel ex his *quae legis vicem obtinent*, vel ex *jurisdictione Praetoris* proditae sunt." Eben ſo § 7 *J. de exc.* (4. 13.). — Die Worte der *L.* 3 *de exc.* (44. 1.) „si quid contra LL., Senatusve consultum factum esse dicetur" dürfen nicht ſo verſtanden werden, als wenn jemals eine wirkliche Exception ſo ausgedrückt worden wäre; es iſt blos die collective Bezeichnung der exc. L. Cinciae, Sc. Macedoniani u. ſ. w. Eben ſo bey Gajus IV. § 121.

dem Namen utilis exceptio bezeichnet (d), alſo auf gleiche Weiſe wie bey den Klagen (§ 215).

Der den Inhalt der Exception beſtimmende Rechtsgrund hat ſeinen Sitz zuweilen in Regeln des Prozeſſes (e); häufiger aber, und mit wichtigerem Einfluß, in materiellen Rechtsregeln. Die Exceptionen dieſer zweyten Art haben eine den Obligationen ähnliche Natur, eben ſo wie die Klagen (§ 205); der Beklagte fordert von dem Kläger, daß er ſein Klagrecht nicht geltend mache. Daſſelbe materielle Recht kann, je nach dem zufälligen Bedürfniß, bald eine Klage, bald eine Exception veranlaſſen, und es iſt über das Verhältniß, worin dieſe beide Geſtalten der Rechtsverfolgung zu einander ſtehen, folgende Regel zu bemerken. Wer ein Klagrecht hat, kann den Grund deſſelben, wo er es bedarf, ſtets auch als Exception geltend machen (f). Man kann aber nicht auch umgekehrt ſagen, daß aus dem Daſeyn einer Exception ſtets auch

(d) *L.* 21 *de praescr. verb.* (19. 5.). „Quotiens deficit actio vel exceptio, *utilis actio vel exceptio est.*" Der Ausdruck hat jedoch hier lediglich den Sinn einer Ausdehnung (§ 215), eine Fiction kam bey den Exceptionen gewiß nicht vor, die ja auch zu ihrer ohnehin thatſächlichen Faſſung gar nicht gepaßt haben würde (Note b.). — In den meiſten Stellen freylich heißt utilis exceptio nicht eine ausgedehnte, ſondern eine wirkſame, gültige Exception. Vgl. *L.* 41 *de minor.* (4. 4.). *L.* 19 § 5 *ad Sc. Vell.* (16. 1.), *L.* 5 *C. de usuris* (4. 32.).

(e) Dahin gehört die exceptio fori, procuratoria, cognitoria, praejudicialis u. ſ. w. Vgl. Albrecht Exceptionen. S. 211.

(f) *L.* 1 § 4 *de superf.* (43. 18.) „cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit." Dieſelbe Stelle ſteht nochmals in *L.* 156 § 1 *de R. J.* (50. 17.).

der Anspruch auf eine Klage von gleichem Inhalt und Erfolg hervorgehe.

Der wichtigste Fall der aus materiellen Rechtsregeln entspringenden Exceptionen bezieht sich auf das Verhältniß der aequitas zum jus civile. Wo nämlich der Prätor jene anerkannte, da verschaffte er ihr das praktische Übergewicht bald durch in factum actiones, bald durch Exceptionen (g); in jenem Fall bewirkte er eine Condemnation, in diesem verhinderte er dieselbe, ohne eigentlich ein Recht zu erschaffen oder zu vernichten (h). Diesen wichtigsten unter allen Fällen der Exceptionen stellen Gajus und die Institutionen an die Spitze, um das Bedürfniß und die Wichtigkeit der Exceptionen in einer Reihe von Beyspielen anschaulich zu machen (i). Es ist aber so wenig der einzige Fall, daß hinterher in beiden eben angeführten Rechtsquellen die allgemeine Übersicht über die Entstehungsgründe der Exceptionen gegeben wird, worin jener Fall nur als einer unter mehreren erscheint (k).

(g) *L.* 3 § 1 *de pec. const.* (13. 5.). „Si quis autem constituerit, quod jure civili debebat, *jure praetorio non debebat, id est per exceptionem*" ... Die wichtigsten Exceptionen dieser Art sind die doli und die pacti exceptio; zu demselben Zweck dienten aber auch in factum exceptiones (Note b.).

(h) Vgl. oben § 213. 216, und B. 1 § 22.

(i) Gajus IV. § 116. 117, *pr.* § 1—5 *J. de exc.* (4. 13.).

(k) Vgl. oben Note c. — Daß das Vorhergehende blos Beyspiele liefern sollte, sagt wörtlich § 6 *J. de exc.* (4. 13.). „Haec exempli causa retulisse sufficiet." — Hätten die allgemeinen Übersichten (Note c.) voran gestanden, so würde in dieser Hinsicht niemals ein Missverständniß aufgekommen seyn. In den Institutionen übrigens ist die Zahl der Beyspiele viel größer als bey Gajus, und daher erscheint der § 7 *J. de exc.* (4. 13.) versteckter, und kann leich-

Um dieses Verhältniß der verschiedenen Arten der Exceptionen zu den verschiedenen Arten der Klagen, welches in neueren Zeiten nicht selten verkannt worden ist, auf erschöpfende Weise zu behandeln, will ich die möglichen Combinationen in vollständiger Übersicht darstellen. Es läßt sich denken, daß einer Civilklage eine civile oder prätorische Exception, und eben so einer prätorischen Klage eine civile oder prätorische Exception, entgegen gesetzt werde. Alle diese Combinationen aber sind nicht blos denkbar, sondern sie kommen auch in folgenden unzweifelhaften Anwendungen wirklich vor.

I. Civilklage und Civilexception.

Condictio aus Darlehen oder Stipulation — exc. Sc. Macedoniani und Vellejani, exc. Legis Plaetoriae (l).

Rei vindicatio und eben so auch Condictio aus einer Stipulation — exc. L. Cinciae (m).

II. Civilklage und prätorische Exception.

Condictio oder Rei vindicatio — exc. doli, pacti, jurisjurandi, rei judicatae.

III. Prätorische Klagen und Civilexception.

Actio constitutoria und Actio hypothecaria — exc. Sc. Vellejani (n).

Publiciana actio — exc. dominii (o).

ter übersehen werden, als Gajus IV. § 118.

(l) Vgl. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. 10 S. 248.

(m) Fragm. Vat. § 266. 310.

(n) *L.* 8 *pr. L.* 29 *pr. ad Sc. Vell.* (16. 1.).

(o) *L.* 17 *de public.* (6. 2.).

Actio de peculio — exc. Sc. Trebelliani (p).

Irgend eine prätorische Schuldklage — exc. Legis Juliae in Folge einer cessio bonorum (q).

IV. Prätorische Klage und prätorische Exception.

Actio publiciana — exc. hypothecaria, jurisjurandi, rei judicatae.

Actio doli oder quod metus causa — exc. in factum (q[1]).

Manche wollen unter diesen verschiedenen Anwendungen nur allein die zweyte (Civilklage und prätorische Exception) als die eigentliche und wahre Exception ansehen; alle übrigen sollen nur uneigentliche, nachahmungsweise eingeführte Exceptionen seyn (r). Zu dieser Behauptung ist jedoch durchaus kein Grund vorhanden, denn wenn man die oben (Note c.) angeführte Stellen des Gajus und der Institutionen unbefangen betrachtet, so ist es einleuchtend, daß die Ausbildung der Exceptionen von den alten Juristen selbst als parallel gehend mit der Ausbildung der Actionen aufgefaßt wurde, so daß wir nicht mehr Ursache haben, die civilen Exceptionen, als die civilen Klagen für

(p) *L.* 1 § 8 *quando de pec.* (15. 2.).

(q) § 4 *J. de replic.* (4. 14.), vgl. *L.* 4 *C. qui bonis* (7. 71.).

(q[1]) *L.* 14 § 13 *quod metus* (4. 2.).

(r) Zimmern § 91, besonders S. 286. Albrecht § 5 und S. 32. 33. 42. 44. Wie sich diese unrichtige Ansicht bey neueren Prozeßschriftstellern noch weiter ausgebildet hat, wird unten gezeigt werden (§ 228.). — Albrecht S. 8. 23 will sogar den Namen Exceptio nicht von einer, der Condemnationsregel hinzugefügten, Ausnahme erklären, sondern von dem Ausnahmeverhältniß, in welches sich das prätorische Recht zu dem Civilrecht stellte.

uneigentlich und nachgeahmt zu halten. Wie aber jene unrichtige Meynung entstanden ist, darüber kann kein Zweifel seyn; man hat nämlich denjenigen Fall der Anwendung, welcher allerdings der häufigste, und für die Anwendung der wichtigste war, willkührlich für den ursprünglich einzigen gehalten, zu welchem sich alle übrigen blos als uneigentliche Erweiterungen verhalten haben sollen.

Folgende Eintheilungen der Exceptionen geben näheren Aufschluß über die verschiedenen Beziehungen, in welchen sie vorkommen.

Manche derselben sind blos für eine gewisse Zeit, oder für gewisse Umstände wirksam, so daß sie die Klage nicht mehr hindern, wenn die Zeit abgelaufen ist, oder die Umstände verändert sind; so z. B. die exceptio pacti in diem, wenn vor Eintritt des Zahlungstags geklagt wird: die fori exceptio, wenn die Klage vor einem unrichtigen Gericht angestellt ist, so wie überhaupt die auf bloße Prozeßregeln gegründeten Exceptionen (Note e.). — Andere, und zwar die meisten, haben eine solche Beschränkung nicht, so daß sie zu jeder Zeit und unter allen Umständen wirken können. — Die ersten heißen dilatoriae oder temporales(s),

(s) Temporalis exceptio oder praescriptio hat außer der im Text angegebenen Bedeutung noch eine andere, von jener völlig verschiedene, nämlich die auf Klagverjährung gegründete. Hier bezeichnet also der Ausdruck eine ganz individuelle Exception, eben so wie exc. doli, pacti u. s. w., und nicht ein Eintheilungsglied, wie wenn er mit dilatoria gleichbedeutend genommen wird. Außerdem heißt auch einmal perpetua exc. die unverjährbare Exception (*L.* 5 *C. de exc.* 8. 36.), im Gegensatz derselben müßte temporalis die verjährbare heißen, und diese Kunstausdrücke wären

die zweyten peremptoriae oder perpetuae (t). — Die Wirkung der dilatorischen Exceptionen war aber im alten Prozeß ganz verschieden, je nachdem sie sich auf den Inhalt der Intentio selbst bezogen oder nicht. War z. B. die exceptio pacti in diem vorgebracht, und überzeugte sich der Judex von ihrer Richtigkeit, so mußte er nun ganz absolviren, und die Forderung war für immer verloren; war also der Kläger vorsichtig, so nahm er die Klage vorläufig ganz zurück, und ließ es gar nicht zu einem judicium kommen (u). Anders bey denjenigen dilatorischen Exceptionen, die keinen Bezug auf den Inhalt der Inten-

ganz in der Analogie der *actio* perpetua und temporalis. Daß sie nicht herrschend geworden sind, erklärt sich wohl aus der Seltenheit der verjährbaren Exceptionen.

(t) Gajus IV. § 120—125, *L.* 2 § 4 *L.* 3 *de exc.* (44. 1.), § 8—10 *J. de exc.* (4. 13.). Die Prozeßregeln, worauf sich dilatorische Exceptionen gründeten, nahmen nur dann diese Gestalt an, wenn sie vor dem Prätor geltend gemacht wurden; kamen sie erst vor dem Judex zur Sprache, so mußten sie zwar auch beachtet werden, sie hießen aber nun nicht exceptiones, sondern translationes, oder translativae constitutiones. Die bestimmteste Stelle hierüber ist Cicero de invent. II. 19. 20. Nach anderen, unbestimmteren Stellen könnte man glauben, die exceptio dilatoria selbst habe den Namen translatio geführt. De invent. I. 8, ad Herenn. I. 12, II. 12, Fortunatian. und Sulp. Victor bey Caperronner. Rhetores ant. p. 63. 284.

(u) Gajus IV. § 123. Vgl. Zimmern § 95. Nach der Allgemeinheit, womit sich Gajus ausdrückt, könnte man glauben, Dieses sey bey allen dilatorischen Exceptionen der Fall gewesen, und auf die von ihm angeführten Beyspiele paßt die Regel auch wirklich. Aber wenn bey der fori praescriptio anerkannt wurde, daß der magistratus nicht competent sey, so hatte auch der Judex keine wirkliche Macht empfangen, er konnte weder condemniren noch absolviren, und die Sache wurde nicht consumirt, weil sie gar nicht in judicium deducirt war. Bey der exceptio praejudicialis sollte das Urtheil aufgeschoben, also für den Augenblick weder condemnirt noch absolvirt werden.

tio hatten, wie z. B. die exceptio fori oder praejudicialis. Wenn sich bey diesen der Judex überzeugte, daß sie gegründet seyen, so durfte er nicht absolviren, sondern er mußte sich des Urtheils für jetzt ganz enthalten, so daß dann die Klage noch immer nicht verloren war (v). Dieser Unterschied fällt schon im Justinianischen Recht hinweg, indem die zuletzt erwähnte minder gefährliche Wirkung nun bey allen dilatorischen Exceptionen eintritt.

Es werden ferner unterschieden personae und rei cohaerentes exceptiones, je nachdem Derjenige allein, auf welchen sich die Exception ursprünglich bezog, sie gebrauchen kann, oder auch Andere, die an seiner Stelle verklagt werden, wie Erben, Käufer, Bürgen (w). Die Natur der unbeschränkten rei cohaerentes bildet die bey weitem vorherrschende Regel, die personae cohaerentes kommen nur in seltenen Ausnahmen vor (x). — Ein ähnlicher

(v) Vgl. die Entwicklung dieses Falles in Note u. Der Unterschied beider Arten der dilatorischen Exceptionen läßt sich so ausdrücken, daß die Anweisung: si non paret absolve bey der einen Art zur Anwendung kam, bey der andern nicht. Dagegen der erste Theil der Anweisung: Si paret condemna wurde durch beide Arten gleichmäßig beschränkt, und darum gebührte auch beiden auf gleiche Weise der Name Exceptio. Daß z. B. die praejudicialis exceptio diesen Namen wirklich führte, kann nach Cicero de invent. II. 20, und *L.* 13. 16. 18 *de exc.* (44. 1.) nicht bezweifelt werden. Ganz willkührlich spricht Zimmern S. 302 der zweyten Klasse der dilatorischen Exceptionen den Namen Exceptio ab, indem er den in der gegenwärtigen Note dargestellten Unterschied übersieht.

(w) *L.* 7 *pr.* § 1 *de exc.* (44. 1.). — Noch etwas verschieden davon ist es, wenn die Proculejaner von der exc. L. Cinciae behaupteten, es sey dazu berechtigt „etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio (Fragm. Vat. § 266.), also selbst ohne Rücksicht auf ein Successionsverhältniß.

(x) Die Hauptanwendung ist

Unterschied, nur in weit beschränkterer Art, kommt auch vor bey der Verpflichtung des Klägers, sich die Exception gefallen zu lassen, wenn nämlich diese aus einer widerrechtlichen Handlung des ursprünglichen Klagberechtigten entsprungen ist. In dem wichtigsten Fall, der doli exceptio, geht diese Verpflichtung auf den Erben und den Donatar des Unredlichen über, nicht auf den Käufer (y), also noch weniger auf jeden Dritten, der mit Jenem in gar keinem Successionsverhältniß steht. Anders ist es bey der metus exceptio, welche in rem gefaßt wird: si in ea re nihil metus causa factum est, weshalb sie nicht blos gegen den Erben oder Käufer des Zwingenden, sondern auch gegen jeden Dritten, gebraucht werden kann (z). Wenn nun bey anderen Exceptionen gelegentlich bemerkt wird, daß **sie nicht blos gegen den ursprünglichen Kläger, sondern auch gegen jeden Successor desselben ohne Unterschied ge-**

die bey dem sogenannten beneficium competentiae. *L.* 7 *pr. de exc.* (44. 1.), *L.* 24. 25 *de re jud.* (42. 1.), § 4 *J. de repl.* (4. 14.). Dann auch bey der exc. pacti, wenn der Vertrag blos auf das Individuum beschränkt ist. *L.* 21 § 5, *L.* 22—26, *L.* 32 *de pactis* (2. 14.). Wenn daher einmal bey der exc. rei venditae et traditae das Gegentheil erwähnt wird, so ist Dieses nicht etwas Besonderes, sondern bloße Anwendung der allgemeineren Regel. *L.* 3 *pr. de exc. rei vend.* (21. 3.). So mußte man auch bey der doli exceptio von Seiten des Beklagten sagen: *in rem* opponitur exceptio *L.* 2 § 2 *de doli exc.* (44. 4.).

(y) *L.* 4 § 27. 31 *de doli exc.* (44. 4.). Es heißt also hier: exprimendum est .., non in rem: *si in ea re dolo malo factum est*, sed sic: si in ea re *nihil dolo malo actoris factum est.*" *L.* 2 § 1 *eod.* Die Successoren sind dann, unter der im Text angegebenen Beschränkung, mit eingeschlossen.

(z) *L.* 4 § 33 *de doli exc.* (44. 4.).

braucht werden können (aa), so ist Dieses nicht etwa der Ausdruck einer eigenthümlichen Eigenschaft dieser besonderen Exceptionen, sondern bloße Anwendung des gewöhnlichen, regelmäßigen Verhältnisses, also blos Verneinung der eigenthümlichen, bey der doli exceptio eintretenden Beschränkung.

§. 228.

Exceptionen. Abweichende Ansichten.

Von der hier vorgetragenen, rein Römischen, Lehre der Exceptionen sind schon die Juristen des Mittelalters auf mancherley Weise abgewichen. Vorzüglich machte sich seit ihrer Zeit eine neu erfundene Eintheilung geltend, in Exceptiones juris und facti; jene sollten ungefähr die wahren Römischen Exceptionen seyn, diese die übrigen Einwendungen, z. B. die der Zahlung (a). Allein weder über die Gränzen beider Arten, noch über die praktische Behandlung derselben konnte man sich einigen, und so ist seit jener Zeit die Sprachverwirrung mit der Verwirrung in den Begriffen und Rechtsregeln Hand in Hand gegangen (b). In der Mitte des siebzehnten Jahrhunderts erschien in dem jüngsten Reichsabschied eine neue Prozeßgesetzgebung für ganz Deutschland, und das unzulängliche

(aa) *L.* 3 § 1 *de exc. rei vend.* (21. 3.).

(a) Unter anderen Stellen der Glosse ist hierüber zu vergleichen Gl. *Intentionem.* L. 2 pr. de exc. (44. 1.).

(b) Sehr reichhaltige literarische Nachweisungen enthält Albrecht § 23 fg.

Bestreben der Schriftsteller, den Inhalt derselben mit der bisherigen Theorie zu verarbeiten, mußte jene Verwirrung noch erhöhen.

In der neuesten Zeit hat sich ein kritisches Quellenstudium auch diesem Theil der Rechtswissenschaft mit manchem guten Erfolg zugewendet. Anstatt aber daß in anderen Lehren das historische Element der Rechtsinstitute häufig übersehen, und dadurch Demjenigen, welches nur ein historisches Daseyn hatte, eine allgemeine Bedeutung fälschlich beygelegt worden ist, scheint man sich hier von dem entgegengesetzten Fehler nicht ganz frey gehalten zu haben. Der wahrhaft allgemeine bleibende Kern des historisch gebildeten Rechtsinstituts ist übersehen, und als eine vorübergehende, längst verschwundene Erscheinung mit Unrecht behandelt worden (c).

Die Grundlage dieser einseitigen Auffassung ist schon oben (§ 227) angegeben und bestritten worden. Sie besteht darin, daß die prätorischen Exceptionen gegen Civilklagen die einzigen wahren Exceptionen gewesen seyen. Diese Behauptung aber hat man auf folgende Weise an die frühere und an die spätere Zeit des Römischen Rechts anzuknüpfen versucht.

Ehe der Prätor, durch seine Exceptionen, der aequitas einen mildernden Einfluß auf den strengen Buchstaben des

(c) Am vollständigsten ist die Ansicht, womit ich mich hier beschäftige, in dem oben (zu § 226) angegebenen Werk von Albrecht ausgebildet worden. Der Keim dazu findet sich in: Bayer Vorträge über den Civilprozeß 4te Auflage 1834. S. 250 fg.

alten Civilrechts verschaffte, soll ein solcher Einfluß gar nicht vorhanden gewesen seyn (d). Um Dieses annehmen zu können, muß man den Zustand der Römischen Nation, viele Jahrhunderte hindurch, entweder höher oder niedriger stellen, als es irgend mit historischer Wahrscheinlichkeit verträglich ist. Höher, wenn man annehmen wollte, daß so lange Zeit in Rom fast gar kein unredlicher Eigennutz erschienen wäre, der das Bedürfniß eines solchen Schutzes fühlbar gemacht hätte, wie er späterhin durch die doli exceptio und ähnliche Rechtsmittel gewährt wurde. Niedriger, wenn man annimmt, solche Unredlichkeit wäre, so wie in unsren Tagen, vorhanden gewesen, die ehrlichen Leute aber, mit Inbegriff der Obrigkeiten, hätten sie entweder nicht bemerkt, oder hätten keinen Rath gewußt, um sich und Andere dagegen zu schützen, bis endlich ein Prätor auf die Erfindung der Exceptionen gekommen wäre. — Das Wahre aber ist wohl Dieses, daß eine Anerkennung der aequitas, und ein Schutz für dieselbe, zu allen Zeiten, auch neben den alten Legis actiones, bestand (e). Das Neue also, welches hierin dem Prätor zugeschrieben werden muß, besteht in zwey Stücken. Erstlich in der, für

(d) Albrecht S. 3. 4. 5.

(e) Wir wissen freylich über den Prozeß zur Zeit der Legis actiones nicht viel mehr, als was wir neuerlich durch Gajus gelernt haben, und auch Das ist wenig genug. Doch hat sich zufällig bey Plautus eine Spur erhalten, nach welcher damals für die Zwecke, zu welchen später die doli exceptio diente, durch erzwungene Sponsionen gesorgt worden ist, also durch die Rechtsform, die von jeher bey den Römern so verbreitet, und für die verschiedensten Zwecke gebräuchlich war. Vgl. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. 10 S. 248.

jenen Zweck ſehr bequemen und angemeſſenen, Prozeßform der Exceptionen, die freylich erſt ſeit der Einführung der formulae möglich war (§ 226. m). Zweytens in der vollſtändigeren, befriedigenderen materiellen Ausbildung der auf die aequitas bezüglichen Rechtsregeln, wodurch das Edict, und ſpäter die Arbeit der Juriſten, für dieſen wie für andere Theile des Rechts wohlthätig wurde.

An die ſpätere Zeit des Römiſchen Rechts aber wird jene Lehre in folgender Weiſe angeknüpft (f). Die Exceptionen in jener eigenthümlichen Natur erhielten ſich nur kurze Zeit. Schon als man anfieng, das prätoriſche Recht als ein eigentliches jus anzuſehen, hatte ſich ihr Weſen verändert; mit dem ordo judiciorum giengen ſie völlig unter, und jetzt war zwiſchen ihnen und den Civileinreden, z. B. der Zahlung, durchaus kein Unterſchied mehr übrig. Wenn in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern von den Exceptionen in alter Weiſe geredet wird, ſo iſt dieſes leerer Schein, zu erklären aus der Art, wie jene Bücher entſtanden ſind; man behielt die Ausdrücke der älteren Zeit bey, während die Begriffe ſelbſt verſchwunden waren.

Wenn nun auch dieſe Anſichten in ſo vollſtändiger Ausbildung nur ſelten gefunden werden, ſo ſcheinen doch die Meiſten darin völlig einverſtanden, daß der Römiſche Begriff der Exceptionen für unſer heutiges Recht ganz unbrauchbar geworden ſey, und durch einen anderen, ſehr

(f) Albrecht S. 52. 72. 82 fg. 108 fg.

erweiterten Begriff ersetzt werden müsse (g). Allein auf diesen negativen Satz beschränkt sich die Übereinstimmung, denn über den positiven Begriff selbst, welchen wir an die Stelle zu setzen haben, herrscht fortwährend die größte Verschiedenheit, und diese Verwirrung ist einer festen Ausbildung des Prozeßrechtes in hohem Grade hinderlich. So wird namentlich von Manchen unter Exception diejenige Einwendung verstanden, die auf einer Veränderung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses beruht, jede andere soll eine negative Einlassung seyn (h). Von Anderen jede Einwendung, die der Beklagte zu beweisen hat, wohin also auch absolute und relative Verneinungen (Wahnsinn eines Contrahenten, Zahlung) gehören, und welcher Begriff daher noch umfassender ist als jener (i).

Vielleicht können folgende Bemerkungen dazu dienen, eine Verständigung in dieser Lehre zu befördern. Zwey Stücke sind mir für die Theorie des Römischen Rechts, **also für das Interesse des vorliegenden Werks, von Wichtigkeit: die im § 225 versuchte Feststellung der verschiedenen Arten möglicher Vertheidigung, und die fortwährende Anerkennung der Römischen Exceptiones, ohne Veränderung**

(g) Mühlenbruch I. § 137, Thibaut § 73, Mackeldey § 200. b., Linde in Linde's Zeitschrift B. 1 S. 148 fg. — Der hier von mir aufgestellten Ansicht kommt unter den neueren Schriftstellern am nächsten Kierulff Theorie I. S. 175 fg.

(h) Bayer Civilprozeß S. 256. Nach ihm werden wahre Exceptionen begründet durch die Verjährung, Zahlung, Novation, aber nicht durch das Sc. Macedonianum und Vellejanum.

(i) Albrecht § 38, besonders S. 190. 205. 206.

des Römischen Sprachgebrauchs. — Bey dem ersten Stück kommt es vor Allem darauf an, ob jene Feststellung richtig ist. Ist sie es nicht, so muß sie berichtigt werden; wird sie aber als richtig anerkannt, so ist nur in ihr eine feste Grundlage für die ganze vorliegende Untersuchung zu finden, und diese Grundlage ist für die Theorie des Römischen Rechts, so wie für den heutigen Civilprozeß, gleich wichtig und unentbehrlich. Hierin also ist das Bedürfniß völlig gemeinschaftlich, und von einem Widerstreit wegen der eigenthümlichen Interessen der beiden wissenschaftlichen Gebiete kann nicht die Rede seyn. — Was aber das zweyte Stück, nämlich die strenge Festhaltung des Römischen Begriffs der Exceptiones, mit diesem ihrem Namen, betrifft, so ist dieselbe für die Theorie des Römischen Rechts eben so unentbehrlich, wie die Festhaltung des Römischen Actionensystems und der darauf bezüglichen Kunstausdrücke (§ 224). Der Grund liegt darin, daß wenn wir jenes und dieses aufgeben, eine wahrhafte Einsicht in das System der Römischen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln eben so wenig möglich ist, als das Verständniß der Quellen. Ja das Festhalten der Exceptionen hat sogar darin noch mehr Grund, als das der Actionen und Condictionen, daß diese letzten weniger mit dem inneren und bleibenden Wesen der Rechtsbegriffe selbst zusammenhängen, als die Exceptionen. Bey diesem Festhalten der Römischen Exceptionen nun hat freylich die Theorie des heutigen Civilprozesses kein Interesse; es ist aber auch ganz

unrichtig, wenn Manche glauben, diese Theorie habe hierin ein entgegengesetztes Interesse, und es sey gerade um ihretwillen nöthig, den Römischen Begriff der Exceptionen gänzlich aufzugeben. Da dieser Punkt von Erheblichkeit ist, so muß derselbe noch genauer ausgeführt werden.

Es ist keineswegs meine Meynung, daß die Römische Lehre von den Exceptionen einen unmittelbaren Einfluß auf das heutige Prozeßrecht haben soll, dessen Selbstständigkeit also durch jene Lehre gefährdet werden möchte. Wie unabhängig Beides von einander ist, läßt sich jedoch nur durch eine Übersicht der einzelnen Institute des Prozesses nachweisen, mit welchen die Exceptionen in Berührung kommen.

Eine der wichtigsten Fragen betrifft die Beweislast. Niemand zweifelt, daß der Grund der Exceptionen vom Beklagten bewiesen werden muß (k), welches eben die Hauptbedeutung der Regel ist: reus in exceptione actor est (l). Dabey kommen noch dieselben Einschränkungen vor, die auch für die Beweislast des Klägers gelten; wenn nämlich der Kläger den Grund der Exception im Allgemeinen zugiebt, denselben aber durch die Behauptung besonderer Bedingungen zu entkräften versucht, so muß die Wahrheit dieser Behauptung vom Kläger bewiesen werden (m). — Dagegen behauptet Niemand, daß diese Be-

(k) *L.* 19 *pr. L.* 9 *de prob.* (22. 3.), *L.* 25 § 2 *eod.* (Note n).

(l) *L.* 1 *de exc.* (44. 1.). *L.* 19 *pr. de prob.* (22. 3.).

(m) *L.* 9 *de prob.* (22. 3.).

weislast den Beklagten nur allein im Fall der Römischen Exceptionen treffe; vielmehr sind Alle darüber einig, daß derselbe auch bey jeder relativen Verneinung, z. B. bey der behaupteten Zahlung, beweisen muß (n). — In der Beweislast also ist das heutige Recht von dem Römischen nicht abweichend. Die wichtigsten praktischen Fragen, die dabey vorkommen, sind auch unbestritten; und wo im Einzelnen ein solcher Streit vorkommt, ist er wenigstens ganz unabhängig von der Ausdehnung, die man dem Begriff der Exceptionen geben mag. Demnach liegt in der Lehre von der Beweislast durchaus kein Grund, den Begriff der Exceptionen anders zu bestimmen, als wir ihn im Römischen Recht bestimmt finden.

Von manchen Einwendungen des Beklagten wird behauptet, daß sie vor dem Anfang des Prozesses beseitigt werden müßten (litis ingressum impedientes), also Veranlassung zu einem Vorprozeß vor dem übrigen Rechtsstreit geben könnten. — Dem Römischen Recht ist dieses Verfahren, und die darauf gegründete Auszeichnung mancher Exceptionen, fremd. Waren die entscheidenden Thatsachen unbestritten, so wurde stets vom Prätor die Sache unmittelbar erledigt, waren sie bestritten, so daß Beweise geführt werden mußten, so wurde stets ein Juder gegeben

(n) *L.* 12 *L.* 25 § 2 *de prob.* (22. 3.) „... secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones adfirmant, *vel solvisse debita contendunt*, haec ostendere exigit." Hier ist die Verschiedenheit beider Arten der Einwendung durch den disjunctiven Ausdruck deutlich anerkannt.

(§ 226. h.), ohne daß dabey die Natur jener Thatsachen einen Unterschied machte. Wie viel oder wie wenig also an jener Behauptung auch wahr seyn mag, so hat wenigstens die Erhaltung oder Verwerfung des Römischen Exceptionenbegriffs darauf nicht den geringsten Einfluß.

Die Exceptionen sollen in der Regel gleich bey der Litiscontestation vorgebracht werden, manche sollen auch später, ja selbst bis zur Exsecution zulässig seyn. — Hierin nun weicht das heutige Recht sehr von dem Römischen ab. Im Römischen Prozeß sollte bey den freyen Klagen der Juder alle Exceptionen beachten, auch die nicht schon vor dem Prätor, also bis zur Zeit der Litiscontestation, vorgebracht waren. Bey den strengen Klagen sollten sie zwar nur gelten, wenn sie in der Formel standen, also schon vor dem Prätor vorgebracht waren; aber auch wenn dieses übersehen worden war, wurde gegen eine solche Versäumniß leicht Restitution ertheilt (o). Die relative Verneinung dagegen durfte bey allen Klagen vor dem Juder vorgebracht werden, auch wenn davon vor dem Prätor noch gar nicht die Rede gewesen war. — Hierin nun hat der heutige Prozeß andere und strengere Regeln, die aber entschieden nicht auf den Fall der Römischen Exceptionen beschränkt sind. Die weitere oder engere Fassung des Begriffs der Exceptionen hat also auf dieses veränderte Prozeßrecht wiederum keinen Einfluß.

(o) Gajus IV. § 125, *L.* 2 *C. sent. rescindi* (7. 50.), *L.* 8 *C. de except.* (8. 36.).

Es iſt ſtreitig, inwiefern Exceptionen, die der Beklagte nicht vorgebracht hat, officio judicis ſupplirt werden dürfen. — Bey den Römern bezeichnet officium judicis Dasjenige, was der Juder nach freyem Ermeſſen thun durfte und ſollte, außer den Gränzen der ihm vom Prätor ertheilten wörtlichen Vorſchrift. Hier nun iſt es gewiß, daß er bey freyen Klagen alle Exceptionen zu beachten hatte, bey ſtrengen Klagen nur die in der Formel ausgedrückten. — Die Neueren verſtehen unter jenem Ausdruck Dasjenige, was der Richter aus eignem Antrieb thut, ohne den Antrag einer Partey. In dieſer Beziehung nun müſſen wir für das mündliche Verfahren im Römiſchen Prozeß eine große Freyheit annehmen, ſo daß ohne Zweifel der Prätor und der Juder den Parteyen abfragen konnten, was ihnen gut dünkte. Wir haben in unſrem ſchriftlichen Prozeß ſtrengere Regeln, es wird aber von manchen Exceptionen behauptet, daß der Richter ſie ſuppliren dürfe (p). Auch hier muß ich behaupten, daß, wie viel oder wie wenig man dem Richter einräumen möge, Dieſes von der Ausdehnung des Exceptionenbegriffs völlig unabhängig iſt.

Erwägt man dieſe Umſtände, ſo möchte es wohl das Gerathenſte ſeyn, in der Theorie des Römiſchen Rechts

(p) Albrecht S. 130 nimmt an, dieſe Frage ſey unpraktiſch, weil doch der Richter Nichts aus ſeiner Privatkenntniß benutzen dürfe, der Kläger aber ſich hüten werde, die Thatſachen zu berühren, die eine Exception begründen könnten. Allein die Exception der Klagverjährung wird durch bloße Rechnung begründet, die exc. Sc. Vellejani durch die perſönliche Bezeichnung der verklagten Bürgin, deren Geſchlecht ja von dem Kläger nicht verheimlicht werden kann.

von den Exceptionen gerade so zu sprechen, wie es dem Sprachgebrauch unsrer Quellen angemessen ist; in der Prozeßtheorie aber den Namen der Exceptionen, in anderem als dem Römischen Sinn, ganz zu vermeiden, und dafür die völlig ausreichenden deutschen Ausdrücke: Einrede oder Einwendung zu gebrauchen. Das dringendste Bedürfniß für die Prozeßlehre besteht darin, daß man über die Rechtsregeln zum Einverständniß gelange. Bis man sich diesem wünschenswerthen Ziel genähert haben wird, ist es besser, feste Kunstausdrücke so viel als möglich zu vermeiden. Denn diese sind, nach ihrer natürlichen Bestimmung, Kennzeichen für die Klarheit der eigenen Begriffe und für das Einverständniß mit Anderen. Wo aber diese beiden Zustände noch nicht eingetreten sind, wird durch die Anwendung solcher Kunstausdrücke nur der Mangel verdeckt, und die Abhülfe verzögert. Besonders aber sind die willkührlich erfundenen Kunstausdrücke Exceptio juris und facti zu meiden, die durch einen falschen Schein von Quellenmäßigkeit täuschen, und daneben schon seit langer Zeit die Verwirrung der Begriffe erhalten und vermehrt haben.

§ 229.

Replicationen, Duplicationen u. s. w.

Das Parteyenverhältniß, welches bisher in der Klage, und in der Vertheidigung des Beklagten dargestellt wurde, ist nun noch weiterer Entwicklungen empfänglich.

Wenn die Vertheidigung in einer Exception beſteht, alſo eine, der Klage ähnliche, ſelbſtſtändige Natur hat, ſo ſind dagegen dieſelben Vertheidigungen des Klägers denkbar, wie die, welche oben für den Beklagten nachgewieſen worden ſind (§ 225). Es kann nämlich der Kläger das in der Exception behauptete Recht entweder abſolut verneinen, oder für ſpäter vernichtet ausgeben (relative Verneinung), oder endlich durch ein ſelbſtſtändiges eigenes Recht entkräften.

Dieſe letzte Art der Vertheidigung führt den Namen Replicatio, und ſie wird geradezu als eine exceptionis exceptio erklärt (a), welches nicht etwa als eine Erläuterung durch bloße Ähnlichkeit, ſondern ganz buchſtäblich zu verſtehen iſt. Denn auch die Replication ſoll lediglich eine Ausnahme bewirken von der durch die Exception regelmäßigerweiſe bewirkten Losſprechung des Beklagten. Auch in der Faſſung der Römiſchen Formeln wird dieſes Verhältniß ſichtbar. Denn nachdem der Prätor den Juder angewieſen hatte, unter Vorausſetzung der Intentio zu condemniren, beſchränkte er zuerſt dieſe Vorſchrift durch die Ausnahme, unter Vorausſetzung der Wahrheit der Exceptio dennoch zu abſolviren. Dieſe letzte Anweiſung aber erhielt abermals eine Ausnahme für den Fall, daß

(a) *L.* 2 § 1 *de exc.* (44. 1.) „Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt"... *L.* 22 *eod.* „Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio." — Vgl. überhaupt Gajus IV. § 126—129, tit. Inst. de replic. 4. 14.

daneben auch noch die in der Replicatio ausgedrückte Thatsache wahr seyn sollte, für welchen Fall also dennoch die Condemnation vorgeschrieben wurde.

Dieses Verhältniß wurde in den Formeln durch die Worte: aut si eingeleitet, und in folgender Weise ausgedrückt. Wenn z. B. ein Grundstück vindicirt wurde, und der Beklagte die Exception eines Pachtcontracts entgegensetzte, so konnte der Kläger repliciren, der Beklagte habe ihn durch Betrug zu diesem Contract verleitet, welcher daher nicht bindend sey. Si paret, fundum de quo agitur Agerii esse, judex Negidium condemna, si ab Agerio is fundus locatus Negidio non sit, *aut si dolo Negidii factum sit, quo magis locaretur.* Das heißt: die Condemnation soll nur erfolgen, wenn der behauptete Pachtcontract nicht wahr, oder wenn derselbe zwar wahr, aber durch Betrug bewirkt worden ist (b).

Die Replicationen, eben so wie die Exceptionen, waren bald aus dem Civilrecht abgeleitet (c), bald aus dem prätorischen Recht (d).

(b) Vgl. das letzte Beyspiel bey Gajus IV. § 126, ferner *L.* 48 *de proc.* (3. 3.), *L.* 32 § 2 *ad Sc. Vell.* (16. 1.), *L.* 154 *de R. J.* (50. 17.). — Wenn in manchen Stellen eine negative Fassung vorkommt, wie z. B. in *L.* 24 *de re jud.* (44. 1.) „at si res judicata non sit," so ist das blos die erzählende Angabe des Inhalts einer solchen Replication, nicht der Ausdruck, wie ihn der Prätor selbst in die Formel einfügte, gerade so wie es oben von manchen Stellen über einzelne Exceptionen bemerkt worden ist (§ 226. a). — Sehr befriedigend ist dieser Punkt behandelt von Keller Litiscontestation S. 339. 340.

(c) Mandati replicatio in *L.* 48 *de proc.* (3. 3), Scti Vellejani in *L.* 32 § 2 *ad Sc. Vell.* (16. 1.).

(d) Doli replicatio in *L.* 154

Daſſelbe Verhältniß nun kann ſich nach der andern Seite hin wiederholen, und dieſe Wiederholung läßt ſich in Gedanken ohne Ende fortſetzen. Fragt man nämlich, wie ſich der Beklagte gegen eine Replication vertheidigen kann, ſo iſt die Antwort immer wieder dieſelbe. Er kann abſolut oder relativ verneinen, oder ein neues ſelbſtſtändiges Recht entgegenſetzen. Dieſe letzte Art der Vertheidigung wird von Gajus und den Inſtitutionen Duplicatio genannt, darauf folgt von der andern Seite die Triplicatio, und ſo ins Unendliche fort (e). Gajus verſichert, im wirklichen Leben komme dieſe Verwicklung noch weiter als bis zur Triplicatio vor (f). Indeſſen ſind ſchon ächte Replicationen nicht häufig, Duplicationen gewiß ſehr ſelten, und Triplicationen, oder gar Quadruplicationen, möchten wohl nie vorkommen.

Der eben angeführte Sprachgebrauch war bey den Römern nicht allgemein anerkannt. Er beruhte offenbar darauf, daß die Klage und die Exception, als die Grundlagen jedes Rechtsſtreits, ſtillſchweigend vorausgeſetzt, und

de R. J. (50. 17.), pacti bey Gajus IV. § 126.

(e) Gajus IV. § 127 — 129, § 1. 2 *J. de repl.* (4. 14.). Derſelbe Sprachgebrauch kommt vor bey einem ungenannten Juriſten in Fragm. Vat. § 259. Es waren res mancipi geſchenkt und nicht mancipirt worden, dieſe ſollten nicht uſucapirt werden. Wenn nun die Erben des donator jene Sachen vindicirten, und der Beſchenkte die Exception aus der Schenkung entgegenſetzte, ſo wurde dieſe durch die replicatio L. Cinciae entkräftet. Weil aber der donator ohne Widerruf geſtorben war, ſo wurde wieder jene Replication durch die doli *duplicatio* beſeitigt, die hier ausdrücklich genannt iſt.

(f) Gajus IV. § 129. Eben ſo Ulpian in *L.* 2 § 3 *de exc.* (44. 1.).

erſt die folgenden Reden und Gegenreden mit Zahlen bezeichnet wurden. Dann war das erſte Stück die Replicatio, das zweyte die vom Beklagten ausgehende Duplicatio, und ſo fort. — Es war aber eben ſo natürlich, und wohl noch natürlicher, nur die Klage allein als Grundlage des Prozeſſes vorauszuſetzen, und von da an alle fernere Reden und Gegenreden mit Zahlen zu verſehen. Dann war das erſte Stück die Exceptio, das zweyte die Erwiderung des Klägers, die alſo eben ſowohl Replicatio, als Duplicatio heißen konnte (g), das dritte Stück die Erwiederung des Beklagten, die nun Triplicatio heißen mußte, und ſo weiter. Dieſe abweichende Ausdrucksweiſe iſt in unſren Rechtsquellen verdunkelt worden durch das falſche Beſtreben der Abſchreiber, den allerdings unzweifelhaften Sprachgebrauch der Inſtitutionen überall durchzuführen. So iſt es in einer Stelle des Ulpian geſchehen, die in der Florentiniſchen Handſchrift ganz einfach ſagt: Sed et contra replicationem solet dari *triplicatio* (h). Eben ſo in einer Stelle des Julian (i).

(g) Die Namen duplicatio und Triplicatio ſind von Zahlen hergenommen, Replicatio nicht. Auch darf die Verſchiedenheit des Sprachgebrauchs nicht auf die Exceptionen ausgedehnt werden, als ob dieſe jemals Replicationes genannt worden wären.

(h) Hier lieſt nun die Vulgata: Sed et contra replicationem solet dari *duplicatio et contra duplicationem* triplicatio, offenbar aus dem Beſtreben, den Widerſpruch mit den Inſtitutionen zu beſeitigen.

(i) *L.* 7 § 1. 2 *de curat. fur.* (27. 10.). Hier ſtimmen die Florentina und die Vulgata darin überein, auf die replicatio unmittelbar die triplicatio folgen zu laſſen, ohne eine von beiden verſchiedene duplicatio in die Mitte zu ſtellen, ſo daß offenbar in dieſer Stelle replicatio und duplicatio

Bei den Replicationen und Duplicationen sind dieselben Misverständnisse, sowohl in den Begriffen selbst, als in den Kunstausdrücken, denkbar, von welchen bey den Exceptionen ausführlich die Rede gewesen ist. Jedoch sind dieselben hier nicht so zur Sprache gekommen, welches der seltneren Anwendung und der geringeren Erheblichkeit dieser Rechtsinstitute zuzuschreiben ist.

Nicht zu verwechseln damit ist eine andere Verschiedenheit des Sprachgebrauchs, die nun noch, in Beziehung sowohl auf die Exceptionen, als auf die Replicationen u. s. w., erwähnt werden muß. Schon bey den Klagen ist bemerkt worden, daß dieselben von zwey verschiedenen Seiten aufgefaßt werden können: der formellen, die dem Prozeß, und der materiellen, die dem System des materiellen Rechts angehört (§ 205). Beide Beziehungen werden in unsrem heutigen Recht unter dem Namen des Klaglibells und des Klagrechts anerkannt, welches letzte allein zu unsrer gegenwärtigen Aufgabe gehört. — Völlig derselbe Gegensatz nun findet sich bey den Exceptionen, Replicationen u. s. w., so daß wir also auch die Exceptionsschrift, und die Exception als Recht des Beklagten, zu unterscheiden haben. Da aber die Vertheidigungen des Beklagten sehr mannichfaltig sind (§ 225), und nicht für jede derselben eine besondere Prozeßhandlung zugelassen werden kann, so

als identisch gedacht, der erste Name aber allein gebraucht wird. Es ist auch Alles deutlich, wenn nur anstatt: Sed an *replicatio* mit der Vulgata gelesen wird: *Sed an triplicatio.* — Sehr gut handelt von dieser Stelle Keller S. 335 —341.

versteht es sich von selbst, daß sie alle in Einer Prozeßschrift zusammengefaßt werden, welche von demjenigen Theil ihres Inhalts, der die individuellste Natur hat, den Namen Exceptionsschrift erhält. Wenn ich nun zugebe, daß in unsrer heutigen Exceptionsschrift auch die Einwendung der Zahlung an ihrer richtigen Stelle ist, so liegt darin nicht etwa eine inconsequente Rückkehr zu der oben bekämpften Meynung über den Begriff der Exceptionen. Auch diejenige Exceptionsschrift würde für völlig genügend angesehen werden müssen, welche sich auf die wenigen Worte beschränkte: Alles, was der Kläger vorbringt, ist nicht wahr. Und doch wird eine solche einfache und absolute Verneinung von Keinem für eine Exception ausgegeben. Exceptionsschrift heißt also in der Sprache des heutigen Prozesses nicht etwa eine Schrift, deren Inhalt in Exceptionen besteht, sondern: eine Schrift, in welcher die Exceptionen, wenn gerade solche vorhanden sind, ihre richtige, angemessene Stelle finden.

Genau so verhält es sich in unsrem heutigen Prozeß auch mit den Benennungen Replik, Duplik u. s. w. Diese bezeichnen bestimmte Punkte in der ganzen Reihe der Prozeßhandlungen, und es sind diese Namen darum gewählt worden, weil die wahren Replicationen und Duplicationen, wenn etwa solche vorhanden sind, in jenen Schriften vorgebracht werden. Man bedient sich also dieser kurzen und anschaulichen Ausdrücke, anstatt daß man sonst umständliche und abstractere gebrauchen müßte. Was

nun oben über die Seltenheit ächter Duplicationen und Triplicationen gesagt worden ist, kann auf die Prozeßschriften dieses Namens nicht bezogen werden. Vielmehr gehört im gemeinen Prozeß die Duplik zum Wesen eines vollständigen ersten Verfahrens; Tripliken und Quadrupliken, ja selbst Quintupliken und Sextupliken können aber vorkommen, so oft das Bedürfniß oder die Laune der Parteyen dazu führt, und der Richter sie zu gestatten gut findet.

Obgleich nun also diese Ausdrücke unsres heutigen Prozesses mit den oben erörterten Meynungen über den Begriff der Exceptionen keinen innern und wesentlichen Zusammenhang haben, so kann doch nicht verkannt werden, daß die Misverständnisse über den Begriff der Exceptionen durch jene dem Prozeß angehörende Kunstausdrücke sehr befördert worden sind.

§. 230.

Aufhebung des Klagrechts. Übersicht. I. Tod.

Das Klagrecht, als eine eigenthümliche Art von Rechten, kann unter den Personen, unter welchen es ursprünglich bestand, auf verschiedene Weise aufgehoben werden. Es kann nämlich erstens auf andere Personen übergehen, also in diesen fortdauern; zweytens kann es gänzlich untergehen.

Die Fortdauer in anderen Personen kann bewirkt werden erstlich durch Cession, zweytens durch den Tod. — Die

Cession gehört, ihrem juristischen Wesen nach, recht eigentlich der Lehre von den Klagen an, indem sie sich auf Rechte der verschiedensten Art beziehen kann, und in diesen überall die Klagbarkeit als solche zum Gegenstand hat. Faßt man sie jedoch von ihrer praktischen Seite auf, nämlich nach dem überwiegenden Werth, den sie für das wirkliche Leben hat, so gehört sie vorzugsweise dem Obligationenrecht an, und kann nur in Verbindung mit demselben vollständig verstanden werden. — Der Tod ist nicht immer ein Grund des Übergangs eines Klagrechts auf andere Personen, indem durch ihn das Klagrecht in vielen Fällen vielmehr ganz untergeht.

Der Untergang der Klagrechte kommt in folgenden Abstufungen vor:

1) Indem das Recht selbst vernichtet wird, welches der Klage zum Grunde liegt, und durch sie verfolgt werden konnte.

Beyspiele: wenn das Thier zufällig stirbt, welches bisher vindicirt werden konnte; wenn die Schuld, auf welche bisher geklagt werden konnte, bezahlt wird, da durch die Zahlung die Obligation selbst vernichtet wird.

2) Indem der Anspruch des Klägers, zu dessen Schutz das Klagrecht diente, auf andere Weise Befriedigung erhält.

Beyspiel: Wenn die Sache, welche bisher vindicirt oder condicirt werden konnte, durch Zufall in den Besitz des Eigenthümers zurück kehrt (a).

3) Indem, ohne Befriedigung des Klägers, die Verletzung

(a) *L.* 54 § 3 *de furtis* (47.2.).

aufhört, wodurch ein Anderer bisher in die Stellung eines Beklagten kam.

Beyspiel: Wenn der Besitzer einer fremden Sache, die bisher gegen ihn vindicirt werden konnte, den Besitz derselben verliert.

4) Indem nur allein die Klagbarkeit aufhört, ohne daß in dem Recht selbst oder in der Verletzung irgend eine Veränderung wahrzunehmen ist.

Dahin gehört die Klagverjährung.

Alle diese Arten der Aufhebung beziehen sich auf das Klagrecht als solches, unter Voraussetzung der bloßen Verletzung, noch ohne hinzutretende Prozeßhandlungen (§ 204), und von solchen allein kann an dieser Stelle des Werks die Rede seyn. Diejenigen Aufhebungen dagegen, die erst im Laufe des Rechtsstreits eintreten können, z. B. durch das Urtheil, werden weiter unten dargestellt werden.

Unter den hier berührten Aufhebungsarten des Klagrechts machen folgende eine besondere Untersuchung nöthig.

I. Der Tod.

II. Die Concurrenz der Klagen.

III. Die Klagverjährung.

I. Der Tod.

Von dem Tod des Klagberechtigten oder des Beklagten ist so eben bemerkt worden, daß er in manchen Fällen den Übergang des Klagrechts auf andere Personen, in anderen die Vernichtung des bisher bestehenden Klagrechts

bewirkt. Es soll also nunmehr bestimmt werden, unter welchen Bedingungen der eine oder der andere Erfolg eintritt. — Die Vererblichkeit der Klagen muß aber besonders untersucht werden von Seiten des Klägers, und von Seiten des Beklagten.

Von Seiten des Klägers (also activ) vererblich sind die allermeisten Klagen, so daß die nicht vererblichen als seltene Ausnahmen angesehen werden können.

Nicht vererblich sind die Klagen aus Familienverhältnissen, weil diese Rechtsverhältnisse selbst ganz individueller Natur sind, so daß mit dem Tode des Klagberechtigten das Recht selbst, welches durch die Klage bisher verfolgt werden konnte, gänzlich aufhört. — Dieses gilt jedoch nur von den natürlichen Familienverhältnissen, der Ehe, väterlichen Gewalt, Verwandtschaft. Denn bey manchen künstlichen, welche mit dem Eigenthum in Verbindung stehen, geht das Recht selbst auf den Erben über, und dann hat auch die Vererbung der Klage kein Bedenken (a[1]).

Unvererblich sind ferner die meisten unter denjenigen Rechten, welche oben als anomalische Rechte in Beziehung auf die Rechtsfähigkeit ausführlich dargestellt worden sind (b). Denn da die Grundlage derselben nicht in einem Vermögensrecht, sondern in einem ganz individuellen Verhältniß besteht, so kann das Recht selbst, mithin auch die zu dessen Schutz eingeführte Klage, nicht auf die Erben

(a[1]) Vgl. oben B. 1 § 57 S. 385.
(b) B. 2 § 71—74.

übergehen. Dahin gehört also namentlich die Injurienklage, deren Wesen in der Vindicta, das heißt in einem, der beleidigten Person ausschließend übertragenen Strafamt besteht, wobey die Geldstrafe blos als das zufällig gewählte Strafmittel erscheint, durch welches der Character der Klage nicht bestimmt werden kann (c). — Aber eine ganz ähnliche Natur haben einige Klagen, welche (vielleicht nur zufällig) nicht in der Reihe jener anomalischen Rechte aufgeführt werden. Dahin gehört: A) Die actio in factum de calumnia. Wenn Geld oder Geldeswerth gegeben wird, damit ein ungerechter Rechtsstreit geführt werde, oder unterbleibe, so kann der Gefährdete von Dem, welcher diesen unedlen Gewinn gemacht hatte, die vierfache Summe als Strafe fordern. Dieses ist reine Vindicta, und der Erbe des Gefährdeten hat darauf keinen Anspruch; wenn aber Dieser selbst das Geld gegeben hatte, um sich von dem Rechtsstreit loszukaufen, so kann auch der Erbe die gegebene Summe mit einer Condiction zurück fordern, welche also von jener auf Vindicta gerichteten Klage völlig verschieden ist (d). — B) Wird Jemand an der rechtmäßigen Beerdigung eines Todten mit Gewalt verhindert, so hat er eine Klage auf das Interesse, die aber nicht auf seinen Erben übergeht. Gajus, der diese Regel als eine unzweifelhaft angenommene anführt, findet sie seltsam, weil ja doch die Klage auf eine bloße Geld-

(c) B. 2 § 73.

(d) *L.* 4 *de calumniat.* (3, 6.).

entschädigung gehe (e). Allein die Entschädigung für das anderwärts angekaufte Grabmal, die allerdings hier beachtet werden soll, ist doch nur ein Stück (und wohl nur ein untergeordnetes) des durch diese Klage verfolgten Interesse (f). Die Hauptsache ist die dem Andenken des Verstorbenen zugefügte Schmach (g), und daher geht in der That diese Klage, eben so wie die eigentliche Injurienklage, ihrem Hauptinhalt nach auf Vindicta (h). Dieses wird noch bestätigt durch eine ganz ähnliche Klage, wobey dieses Alles nur viel deutlicher gesagt ist, die actio sepulchri violati (i), und die auch schon oben unter den anomalischen, auf Vindicta gerichteten, Rechten mit auf-

(e) *L.* 9 *de relig.* (11. 7.). „Unde miror, *quare constare videatur*, neque heredi neque in heredem dandam actionem".. Also das constare videri räumt er ein.

(f) *L.* 9 *de relig.* (11. 7.). „ . . . per quam consequitur actor, *quanti ejus interfuerit*, prohibitum non esse: *in quam computationem cadit* loci empti pretium, aut conducti merces" ... Es ist also in der Klage enthalten, aber keinesweges der einzige oder auch nur wichtigste Theil ihres Inhalts.

(g) *L.* 6 C. *de sepulchro viol.* (9. 19.). „Cum sit injustum ... *injuriam* fieri reliquiis defunctorum ab his, qui debitorem sibi esse mortuum dicendo ... *sepulturam ejus impediunt:* ne in posterum *eadem injuria* procederet"...

(h) Vgl. mehrere der bey Glück B. 11 S. 452 angeführten Schriftsteller, und Kierulff Theorie I. 228.

(i) *L.* 3 § 8 *de sepulchro viol.* (47. 12.). „Qui de sepulchri violati actione judicant, aestimabunt, *quatenus intersit:* scilicet *ex injuria* quae facta est .. vel *ex damno* quod contigit"... Es ist offenbar nur zufällig, daß hier als Bestandtheil des zu beachtenden Interesse sowohl die Beleidigung, als der Geldverlust, angegeben wird, bey jener Klage dagegen nur der letzte (Note f). In der Sache selbst ist zwischen beiden Klagen kein Unterschied.

geführt worden ist (§ 73). — C) Die Klage auf den Widerruf einer Schenkung wegen Undankbarkeit soll gleichfalls nicht auf die Erben des Gebers übergehen (§ 169. b.). Auch dieses läßt sich auf den Begriff der Vindicta zurück führen, wozu der eingeklagte Vermögenswerth nur als Mittel gebraucht werden soll (k). — D) Eben so die (im Justinianischen Recht verschwundene) morum coercitio, das heißt die actio de moribus und die retentio propter mores im Fall der Sittenlosigkeit eines Ehegatten (l). Daß diese Rechtsmittel auf reine Vindicta gehen, ist unverkennbar.

Mit Unrecht zählt Gajus unter die positiven Ausnahmen von der Vererblichkeit der Klagrechte, die dem Adstipulator zustehende Klage (m). Denn da er selbst sagt, daß das Verhältniß des Glaubigers zum Adstipulator stets auf einem Mandat beruhe (n), das Mandat aber niemals auf die Erben des Bevollmächtigten übergeht, so folgt von selbst, daß die Erben des Adstipulators den nur ihm selbst ertheilten Auftrag nicht durch Anstellung der Stipulationsklage besorgen können, weshalb dieser Fall der Unvererblichkeit als eine besondere Ausnahme von der Regel nicht anzusehen ist.

Von Seiten des Beklagten ist die Zahl der unvererblichen Klagen bedeutender als von Seiten des Klägers.

Die persönlichen Klagen aus Contracten und Quasi-

(k) Vgl. Kierulff Theorie I. 228.

(l) *L.* 15 § 1 *sol. matr.* (24. 3.).

(m) Gajus III. § 114, IV. § 113.

(n) Gajus III. § 111. 216.

contracten sind vererblich. — Die zweyseitigen Strafklagen sind durchaus unvererblich. Die einseitigen und gemischten Strafklagen sind nur insoweit vererblich, als der Erbe außerdem durch das Delict bereichert bleiben würde (§ 211.).

Die in rem actiones sind von Seiten des Beklagten nicht vererblich. Die Klagen aus Eigenthum, jus in re, oder Erbrecht sind es größtentheils deswegen nicht, weil in der Person des Beklagten ein wirklicher, gegenwärtiger Besitz vorausgesetzt wird, der Besitz aber durch die bloße Erwerbung eines Erbrechts nicht übergeht (o). Wenn also der Erbe des Besitzers nicht zufällig den Besitz derselben Sache erworben hat, so geht gegen ihn die Klage gar nicht; hat er aber den Besitz erworben, so wird er nicht als Erbe Beklagter, sondern wegen seines eigenen Besitzverhältnisses. Nur wenn der Erblasser den Besitz in unredlicher Absicht aufgegeben hatte, wird die Klage so wie eine einseitige Strafklage gegen den Erben angestellt; hier aber trägt sie auch nur die Form und den Namen einer in rem actio an sich, in der That ist sie nun eine persönliche Klage aus einem Delict (p). — Die confessorische und negatorische Klage setzen zwar nicht Besitz in der Person des Beklagten voraus, aber doch irgend eine Veranlassung, die als Verletzung betrachtet werden kann, und

(o) Savigny Recht des Besitzes § 28.

(p) Diese Sätze sind anerkannt in *L.* 52. 55. 42 *de rei vind.* (6. 1.).

auch von dieser Veranlassung läßt sich nicht annehmen, daß sie auf den Erben als solchen übergehe.

Die Klagen aus Familienverhältnissen gehen auf den Erben des Beklagten eben so wenig, als auf den Erben des Klägers, über, weil das Rechtsverhältniß selbst, zu dessen Schutz sie dienen, mit dem Vermögen, also auch mit dessen Übergang auf Erben, keine Berührung haben.

Die aufgestellten Regeln werden großentheils modificirt, sobald zu dem Klagrecht die Litiscontestation hinzutritt; davon wird im folgenden Bande die Rede seyn.

Die so eben für die Klagen beantwortete Frage nach der Vererblichkeit kann auch für die Exceptionen aufgeworfen werden, und sie ist schon oben bey den exc. personae cohaerentes berührt worden (§. 227.). Auch hier bildet die Vererblichkeit die vorherrschende Regel, die Ausnahmen aber lassen sich nicht so wie bey den Klagen auf allgemeinere Regeln zurückführen.

§. 231.

Aufhebung des Klagrechts. II. Concurrenz. Einleitung. Terminologie.

Donellus Lib. 21 Cap. 3.

Thibaut Concurrenz der Klagen. (Civilist. Abhandlungen 1814. Num. IX.)

G. J. Ribbentrop zur Lehre von den Correal-Obligationen Göttingen 1831. 8. (Gehört nur theilweise und indirect hierher, ist aber für die richtige Behandlung dieser Lehre von großer Wichtigkeit).

Göschen Vorlesungen I. § 156—159.

In der Lehre von der Concurrenz der Klagen weichen neuere Schriftsteller von einander oft so sehr ab, daß man kaum glauben sollte, es werde ein und derselbe Gegenstand von ihnen behandelt. Die Verschiedenheit betrifft hier nicht blos, wie in den meisten anderen Lehren, die Resultate der Untersuchung, also die Lösung der Aufgabe, sondern den Sinn und Umfang der Aufgabe selbst.

Die hier vorliegende Frage läßt sich im Allgemeinen so ausdrücken: Inwiefern kann die Coexistenz mehrerer Klagen auf die Wirksamkeit jeder einzelnen unter denselben Einfluß haben? Auf den ersten Blick ist es einleuchtend, daß ein solcher Einfluß nur denkbar ist unter Voraussetzung eines solchen Zusammenhangs jener Klagen, wodurch sie ganz oder theilweise identisch werden. Es fragt sich aber, was als eine Identität zu betrachten sey, woraus jener Einfluß hervorgehen könne. Hier bieten sich folgende Beziehungen mehrerer Klagen dar, die als Gründe einer solchen einflußreichen Identität angesehen werden könnten: der gemeinschaftliche Entstehungsgrund der Klagen; die durch den gemeinsamen Namen bezeichnete gleichartige Natur derselben; die gleichen Personen, unter welchen sie

Statt finden; der gemeinschaftliche Gegenstand. Als Gegensatz würde sich ergeben, daß bey Verschiedenheit des Entstehungsgrundes, des Namens der Klagen, der Personen, oder des Gegenstandes, keine Identität unter diesen Klagen, also auch kein Einfluß der einen auf die Wirksamkeit der andern, anzunehmen wäre. Die Prüfung dieser möglichen Beziehungen wird nun ergeben, daß die drey ersten in der That ohne Einfluß sind, aller Einfluß also lediglich der letzten Beziehung, dem gemeinsamen Gegenstand der Klagen, zuzuschreiben ist.

I. Gleichheit oder Ungleichheit des Entstehungsgrundes mehrerer Klagen ist für jenen Zweck gleichgültig (a).

Die Beleidigung einer Ehefrau enthält in einer und derselben Thatsache zwey juristische Beziehungen, eine Injurie gegen die Frau, und eine Injurie gegen den Ehemann. Keine dieser beiden Injurienklagen wird durch die andere in ihrer Wirksamkeit beschränkt. — Derselbe Diebstahl erzeugt eine Condiction und die pönale furti actio; beide bestehen ungestört neben einander (b).

(a) Zuweilen ist die Gleichheit des Entstehungsgrundes sogar blos scheinbar, nicht wirklich vorhanden. Wenn ein gemiethetes Pferd von dem Miether getödtet wird, so entsteht nur die a. L. Aquiliae aus der Tödtung, die locati actio entsteht aus dem früher geschlossenen Miethcontract; in Beziehung auf sie ist die Tödtung nicht Entstehungsgrund, sondern eine Thatsache, die den Miether von der Verpflichtung zur Rückgabe nur nicht befreyt.

(b) Auf diesen Fall, derselben materiellen Thatsache mit verschiedenen juristischen Beziehungen, geht *L.* 1 § 22 *de tutelae* (27. 3.) „ut quis dicat *plures esse actiones ejusdem facti.*" (Diese Worte sollen nur eine mögliche, von dem Verfasser misbilligte, Ansicht der Sache ausdrücken.). — Ferner: *L.* 9 *C. de accus.* (9. 2).

Wenn umgekehrt ein Thier gestohlen, und nachher von dem Diebe getödtet wird, so haben die Klagen aus diesen beiden Delicten völlig verschiedene Entstehungsgründe (c); soweit sie aber auf Entschädigung gehen, wird dennoch eine durch die andere absorbirt (d).

II. Eben so ist es für jenen Zweck gleichgültig, ob die neben einander bestehenden Klagen gleichnamige oder ungleichnamige sind.

In dem schon angeführten Fall der Beleidigung einer Ehefrau heißt die Klage des Mannes und die der Frau actio injuriarum, dennoch sind beide von einander ganz unabhängig.

Umgekehrt hat der Bestohlene gegen den Dieb sowohl

„Si ex eodem facto plura crimina nascuntur, et de uno crimine in accusationem fuerit deductus, de altero non prohibetur ab alio deferri." Der Sinn dieser letzten Stelle tritt besonders klar hervor durch den Gegensatz der *L.* 14 *de accus.* (48. 2.). „Senatus censuit, ne quis *ob idem crimen pluribus legibus* reus fieret." Hier ist die Rede von Einer materiellen Handlung, die auch nur eine einzige juristische Beziehung hat, wofür aber zu verschiedenen Zeiten verschiedene Strafgesetze erlassen worden sind; hier wird dem neuesten Strafgesetz die sehr natürliche Absicht zugeschrieben, eine neue Strafe an der Stelle der früheren einzuführen, nicht als Zusatz zu derselben.

(c) Auf diesen Fall, worin selbst ganz verschiedene materielle Thatsachen zum Grunde liegen, gehen die Ausdrücke folgender Stellen. *L.* 76 § 1 *in f. de furtis* (47. 2). „ .. quia *ex diversis factis* tenentur." *L.* 32 § 1 *ad L. Aqu.* (9. 2.). „ .. *duo* enim sunt *delicta.*" *L.* 48 *eod.* „ .. quia *alterius et alterius facti* hae res sunt."

(d) *L.* 2 § 3 *de priv. delictis* (47. 1.). Nach der condictio furtiva soll die a. L. Aquiliae nur noch fortdauern wegen ihrer möglichen höheren Schätzung; woraus also folgt: 1) daß sie auf den einfachen Werth nicht mehr angestellt werden kann, 2) daß umgekehrt, wenn die a. L. Aquiliae zuerst angestellt wird, die Condiction ganz wegfällt.

die Vindication, als die Condiction; aber obgleich dieses verschiedenartige Klagen sind, wird dennoch eine durch die andere absorbirt (e).

III. Die Gleichheit oder Ungleichheit der in mehreren Klagen vorkommenden Personen ist an sich selbst ohne Einfluß.

Wenn dieselben Personen einmal ein Darlehen, dann wieder einen Kauf, endlich einen Miethcontract unter sich abschließen, so bestehen unter ihnen drey Contractsklagen ohne allen Einfluß der einen auf die anderen.

Wenn umgekehrt Zwey gemeinschaftlich einen Dritten betrügen, so hat Dieser gegen Jeden derselben eine Entschädigungsklage auf den ganzen Verlust; aber eine dieser Klagen absorbirt die andere, obgleich die Beklagten verschiedene Personen sind.

Indessen verdient doch die Verschiedenheit der Personen, so gleichgültig sie für sich allein ist, eine besondere Aufmerksamkeit, da wo sie mit der wahren Identität der Klagen zusammentrifft, und unter diesem Gesichtspunkt wird sie unten noch näher erwogen werden.

IV. Es bleibt also übrig, als das allein entscheidende Moment, der für mehrere Klagen gemeinschaftliche juristische Gegenstand oder Zweck (f). Dieser allein bildet

(e) Also ist hier der Umstand ohne Einfluß, daß es diversum genus actionis, oder aliud genus judicii ist, wie es in *L.* 5 und *L.* 7 § 4 *de exc. rei jud.* (44. 2.) bey einer anderen Veranlassung genannt wird.

(f) Es ist demnach hier nicht die Rede von dem materiellen Gegenstand. Auf dasselbe Haus oder Pferd können Ansprüche und Klagen so verschiedener Art vor-

eine solche Identität, wodurch die eine Klage auf die andere Einfluß erhält. Der höchst einfache Grundsatz, der hier zur Anwendung kommt, läßt sich in folgende Formel fassen:

> Das, was Jemand durch eine Klage bereits erhalten hat, kann er nicht noch einmal mit einer andern Klage fordern.

So einfach aber, und so gewiß, wie dieser Grundsatz hier lautet, war er bey den Römern nicht, und besonders nicht zu allen Zeiten. Erstlich kann es in vielen Fällen zweifelhaft seyn, ob der Gegenstand beider Klagen auch wirklich derselbe ist. Zweytens kam im älteren Römischen Prozeß die Lehre von der Prozeßconsumtion in Betracht, woraus die alte exceptio rei in judicium deductae und rei judicatae entsprang, und welche in die Concurrenz der Klagen mit hinein spielte. Durch diese zwey Umstände entstanden unter den alten Juristen selbst große Controversen (g). Die Compilatoren giengen darauf aus, die Spuren der untergegangenen Prozeßconsumtion, so wie

handen seyn, daß diese Klagen gar keine Berührung mit einander haben. Wenn aber mehrere Klagen die Entschädigung, für denselben Verlust, oder die Wiedererlangung desselben Besitzes, bezwecken, so haben sie den juristischen Gegenstand mit einander gemein. Dieser letzte wird in Stellen des N. R. auf folgende Weise bezeichnet: § 1 *J. de duob. reis* (3. 16.) „in utraque tamen obligatione *una res vertitur.*" *L.* 3 § 1 *eod.* (45. 2.) „cum una sit obligatio, *una et summa est.*"

(g) Eine unzweydeutige Spur dieser Controversen, und der Art, wie man sich dagegen zu schützen suchte, findet sich in *L.* 18 § 3 *de pec. const.* (13. 5.). „Vetus fuit dubitatio ... Et *tutius est* dicere" ... Hierbey kam gerade die Prozeßconsumtion in Betracht.

jener Controversen, so viel als möglich zu vertilgen, welches sie durch die Auswahl der aufzunehmenden Excerpte, auch wohl durch manche Interpolationen, zu bewirken suchten. So ist es zu erklären, wenn daß in dieser Lehre die Exegese oft weniger reine und befriedigende Resultate liefert, als in den meisten anderen Lehren.

Ehe aber der aufgestellte Grundsatz in seinen einzelnen Anwendungen dargestellt wird, ist es nöthig, die bey den neueren Schriftstellern gewöhnliche Auffassung dieser Lehre, nebst der daraus entsprungenen Terminologie, zu erwähnen, da diese Terminologie so allgemein verbreitet ist, daß sie unwillkührlich in die folgende Darstellung hinein getragen und der Wirkung derselben hinderlich werden würde, wenn nicht dagegen schon hier vorgebaut wird.

Bey neueren Schriftstellern finden sich folgende zwey Eintheilungen der Klagenconcurrenz als Grundlage dieser Lehre angegeben (h). Die Concurrenz ist theils subjectiv (unter denselben Personen), theils objectiv (unter verschiedenen). Die objective ist cumulativ, electiv, successiv, je nachdem alle Klagen nach und neben einander angestellt werden können; oder nur eine von mehreren, so daß durch sie die übrigen ausgeschlossen werden; oder zwar alle, jedoch nur in einer bestimmten Reihenfolge. — Eine vollständige Darstellung dieser Lehre müßte demnach für

(h) Mühlenbruch I. § 140. Göschen Vorlesungen I. S. 448

jede dieser Arten der Concurrenz besondere Grundsätze aufstellen.

Die in diesen Kunstworten ausgedrückte Auffassung kann ich aus folgenden Gründen nicht als richtig annehmen. Zuvörderst muß ich die Haupteintheilung in subjective und objective Concurrenz ganz verwerfen. Es ist nämlich schon oben gezeigt worden, daß für den Einfluß einer Klage auf eine andere der Umstand, ob sich diese Klagen auf dieselben oder auf verschiedene Personen beziehen, durchaus nicht entscheidend ist; daß unter denselben Personen ein Einfluß nicht vorhanden, unter verschiedenen dagegen ein solcher in der That vorhanden seyn kann. Daher ist diese, die Personen betreffende, Verschiedenheit zu einer Haupteintheilung der Concurrenz, als Grundlage dieser Lehre, durchaus nicht geeignet. Was über die Beziehung der Concurrenz auf verschiedene Personen zu sagen ist, wird an seinem Orte eingeschaltet werden. Man könnte etwa sagen: alle Concurrenz ist ihrem Wesen nach objectiv (in dem gemeinschaftlichen Object gegründet), sie kann aber daneben zugleich subjectiv seyn; jedoch ist es besser, diese mehr verwirrenden als aufklärenden Ausdrücke ganz zu vermeiden.

Mit der sogenannten successiven Concurrenz verhält es sich also. Manche Rechte stehen zu einander in einem solchen Verhältniß, daß das eine durch das andere bedingt ist, also die eine Klage zur Vorbereitung der anderen dienen muß. So z. B. die actio ad exhibendum als

Vorbereitung der Vindication (i); die hereditatis petitio vor der a. familiae herciscundae (k); die Vindication vor der a. communi dividundo (l); die Vindication vor der confessoria actio (m); die Klage gegen den Hauptschuldner vor der Klage gegen den Bürgen oder gegen den Pfandbesitzer (n). Ein solches Verhältniß mancher Klagen zu einander kann sehr verschiedene Gründe haben, und gemeinsame Regeln giebt es dafür nicht, da jeder Fall dieser Art eine individuelle Natur hat. Mit der hier abgehandelten Klagenconcurrenz hat jenes Verhältniß gar keinen innern Zusammenhang, und die wahre Natur desselben kann durch die Zusammenstellung mit der Concurrenz nur verdunkelt werden.

Nach dieser Absonderung der subjectiven und successiven Concurrenz bleiben noch übrig die cumulative und die elective. Aber auch diese beiden sind nicht etwa als selbstständige Arten der Concurrenz anzusehen, für deren jede durch besondere Regeln zu sorgen wäre, sondern die ganze Frage geht eben nur darauf, ob mehrere gleichzeitig vorhandene Klagen in einem ausschließenden Verhältniß zu einander stehen, oder nicht. Man kann diese Frage allerdings so ausdrücken: stehen zwey gegebene Klagen im Verhältniß der electiven oder der cumulativen Concurrenz? Um aber diesen Ausdruck anzuwenden, muß man damit

(i) *L.* 23 § 5 *de rei vind.* (6. 1.).

(k) *L.* 1 § 1 *fam. herc.* (10. 2.).

(l) *L.* 18 *de except.* (44. 1.).

(m) *L.* 16 *de except.* (44. 1.).

(n) Wegen des sogenannten beneficii excussionis.

anfangen, den Begriff der Concurrenz so weit auszudehnen, daß er mit dem der Coexistenz zusammenfällt. Klarer jedoch wird die Sache durch diesen Ausdruck nicht, vielmehr würde folgender Ausdruck durch Klarheit und Einfachheit vorzuziehen seyn: stehen zwey gegebene Klagen zu einander im Verhältniß der Concurrenz oder nicht? Man würde wahrscheinlich niemals auf jene Kunstausdrücke gekommen seyn, wenn nicht viele Fälle vorkämen, in welchen der bloße Schein einer Concurrenz vorhanden ist (o). Diese Fälle müssen allerdings geprüft, und von der Anwendung der für die Concurrenz geltenden Regeln ausgeschlossen werden; allein es ist nicht zu rechtfertigen, wenn solche Fälle als eine besondere Art der Concurrenz dargestellt werden.

Endlich haben mehrere neuere Schriftsteller die wichtige Lehre von der Rechtskraft großentheils in Verbindung

(o) So z. B. die condictio furtiva und die furti actio aus demselben Diebstahl, die Injurienklagen des Ehemannes und der Ehefrau, wenn die Frau beleidigt ist. Hätte man blos mit solchen Fällen zu thun, wie wenn unter denselben Personen einmal ein Darlehen, dann ein Kauf geschlossen worden ist, so würde man dabey den Ausdruck Concurrenz gewiß nicht angewendet haben, weil nicht einmal der Schein eines inneren Zusammenhanges beider Klagen vorhanden ist. In jenen Fällen dagegen entstand ein solcher Schein daraus, daß beide Klagen eine und dieselbe Handlung zur Grundlage hatten. Indem man diese Fälle als cumulative Concurrenz bezeichnete, wollte man damit eigentlich sagen: Klagen, deren Concurrenz nur scheinbar, nicht wirklich ist, die also eben so unabhängig von einander sind, als in dem anderen Fall die Darlehensklage und die Kaufklage. Es ist aber nicht logisch, den bloßen Schein der Concurrenz (der allerdings erwogen und beseitigt werden muß) als eine eigene Art derselben zu bezeichnen.

mit der Klagenconcurrenz gebracht, weil nämlich die exceptio rei judicatae, so wie sie im neuesten Römischen Recht vorkommt, allerdings auch auf concurrirende Klagen angewendet werden kann (p). Allein diese Anwendung ist doch nur eine Erweiterung derjenigen einfacheren Anwendung, die bey der Wiederholung einer und derselben Klage vorkommt, und sie kann nur in Verbindung mit dieser richtig verstanden werden. Daher ist es zweckmäßiger, hier davon ganz zu schweigen, und die Wirkungen der Rechtskraft in ihrem wahren Zusammenhang, als ein ungetrenntes Ganze, darzustellen.

§. 232.

Aufhebung des Klagrechts. II. Concurrenz. Erste Klasse von Klagen. Vollständige Concurrenz.

Im § 231 wurde vorläufig folgender Grundsatz für die Concurrenz der Klagen aufgestellt:

> Das, was Jemand durch eine Klage bereits erhalten hat, kann er nicht noch einmal mit einer andern Klage fordern.

Dieser Grundsatz ist nun zuerst an die oben (§ 230) aufgestellten allgemeineren Regeln über die Aufhebung der Klagrechte anzuknüpfen, dann aber in seinen mannichfaltigen Anwendungen darzustellen.

Es wurde oben die Regel aufgestellt, daß jedes Klag-

(p) So Thibaut in der am Anfang dieses §. angeführten Schrift. Eben so Kierulff Theorie I. S. 241. fg.

recht aufhöre, wenn der Kläger auf andere Weise, als durch diese Klage, seine Befriedigung erlange. Dieses ist nun stets der Fall, wenn eine andere, concurrirende Klage diese Befriedigung bereits bewirkt hat. — Zuweilen aber wird durch den Erfolg der einen Klage das Daseyn der concurrirenden anderen Klage noch unmittelbarer zerstört, wenn nämlich jener Erfolg zugleich als Vernichtung des Rechts selbst gelten kann, welches der andern Klage zum Grund liegt. Dieser, im Wesen der Rechtsverhältnisse gegründete, für den praktischen Erfolg nicht fühlbare, Unterschied wird weiter unten (§ 236) genauer erörtert werden.

Die Anwendung jenes Grundsatzes führt also darauf, in jedem einzelnen Fall zu untersuchen, ob der schon eingetretene Erfolg einer Klage mit dem gesuchten Erfolg einer andern Klage identisch ist oder nicht. Im ersten Fall ist die zweyte Klage durch die erste absorbirt, im zweyten Fall kann sie noch immer mit vollem Erfolg angestellt werden. Nach dem bisher üblichen Sprachgebrauch (§ 231) würde im ersten Fall eine elective, im zweyten eine cumulative Concurrenz beider Klagen anzunehmen seyn. Ich halte es für richtiger, den Unterschied so auszudrücken, daß eine Concurrenz beider Klagen im ersten Fall angenommen, im zweyten verneint wird.

Nun liegen aber viele Fälle zwischen jenen beiden in der Mitte, indem der Erfolg der noch übrigen Klage mit dem der schon benutzten Klage *theilweise* identisch seyn kann. In diesen Fällen wird in der noch übrigen Klage

der identiſche Theil abſorbirt ſeyn, der nicht identiſche wird noch ferner verfolgt werden können.

Es ergeben ſich hieraus drey Klaſſen aller überhaupt coexiſtirenden Klagen:

Erſte Klaſſe. Vollſtändige Concurrenz. Die zweyte Klage iſt durch den Erfolg der erſten ganz abſorbirt. (Nach dem üblichen Sprachgebrauch: Elective Concurrenz.)

Zweyte Klaſſe. Partielle Concurrenz. Die zweyte Klage iſt durch den Erfolg der erſten zum Theil abſorbirt.

Dritte Klaſſe. Keine Concurrenz. Die zweyte Klage kann noch nach der erſten vollſtändig benutzt werden. (Cumulative Concurrenz.)

Erſte Klaſſe. Vollſtändige Concurrenz.

Die Regel, daß hier die zweyte Klage durch die erſte ganz abſorbirt iſt, wird anerkannt in folgender Stelle des Ulpian (a):

> Quotiens concurrunt plures actiones *ejusdem rei nomine*, una quis experiri debet.

Die Worte ejusdem rei nomine ſind an ſich zweydeutig. Sie könnten heißen: mehrere Klagen aus derſelben Thatſache, oder auch: auf denſelben Gegenſtand. Nähme man ſie nun in der erſten Bedeutung, ſo wäre der dadurch bedingte Satz offenbar unrichtig (§ 231), alſo bleibt nur die zweyte Bedeutung als die allein mögliche übrig. Dieſe wird nun auch unterſtützt durch den inneren

(a) *L.* 43 § 1 *de R. J.* (50. 17) aus Ulp. lib. 28 ad ed.

Zusammenhang der ganzen Stelle, deren unmittelbar vorhergehende Worte so lauten: Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit (b). Ulpian will hier augenscheinlich auf einen Unterschied zwischen der Lage des Beklagten und des Klägers aufmerksam machen; Jener könne auch mehrere Vertheidigungsmittel zugleich (Verneinung und Exceptionen) geltend machen; der Kläger dürfe unter mehreren, für denselben Zweck concurrirenden, Klagen nur Eine gebrauchen (c). Eine fernere Bestätigung dieser Erklärung liegt in einer andern Stelle desselben Ulpian, worin mehrere Klagen de eadem re für solche erklärt werden, die denselben Gegenstand verfolgen (d).

Anwendungen dieser Regel finden sich in bedeutender Anzahl, und zwar sowohl bey Klagen unter denselben, als bey Klagen unter verschiedenen Personen.

Unter denselben Personen erscheint dieses Verhält-

(b) *L.* 43 *pr. eod.*

(c) Der hier von Ulpian bemerkte Gegensatz zwischen den Rechtsmitteln des Beklagten und des Klägers ist insofern mehr scheinbar als wahr, daß auch der Beklagte durch die verschiedensten Vertheidigungsmittel seinen Zweck (die Lossprechung) doch immer nur einmal erreichen kann, eben so wie der Kläger, welcher mehrere concurrirende Klagen hat. Darin aber ist allerdings zwischen Beiden ein praktischer Unterschied, daß der Kläger, wenn er mit einer der concurrirenden Klagen abgewiesen ist, nicht mehr die andere gebrauchen kann, anstatt daß der Beklagte alle Vertheidigungen zugleich vorbringt, wobey es ihm nicht schadet, wenn die meisten als ungegründet verworfen werden, und nur eine als richtig anerkannt wird.

(d) *L.* 5 *de exc. rei jud.* (44. 2.). „De eadem re agere videtur, et qui non eadem actione agat ... Recteque ita definietur, eum demum de (eadem) re non agere, qui prorsus *rem ipsam non persequitur*" ....

niß besonders in den vielen und mannichfaltigen Fällen, worin eine Condiction (gewöhnlich die Condictio furtiva) mit einer bonae fidei actio concurrirt, indem die beiden Umstände zusammen treffen, daß Einer einen Contract unerfüllt gelassen, daneben aber sich aus dem Vermögen des Andern ohne Grund bereichert hat (e). In allen solchen Fällen kann auf diese unrechtmäßige Bereicherung sowohl mit einer Condiction, als aus dem geschlossenen Contracte, geklagt werden; ist aber der Zweck durch die eine dieser Klagen erreicht, so ist dadurch die andere absorbirt. Diese Concurrenz mit einer Condiction wird für folgende Contractsklagen bemerkt, stets mit der Bestimmung, daß nur eine der concurrirenden Klagen wirklich gebraucht werden könne:

1) Pro socio, mandati, negotiorum gestorum (f).

2) Locati (g).

3) Commodati (h).

Eben dahin aber gehören auch noch folgende Fälle der Concurrenz:

4) Condictio furtiva mit der Vindication (i).

(e) Vgl. hierüber Beylage XIV. Num. VI.

(f) *L.* 45. 47 *pr. pro soc.* (17. 2.).

(g) *L.* 35 § 1 *loc.* (19. 2.), *L.* 34 § 2 *de O. et A.* (44. 7.).

(h) *L.* 34 § 1 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 71 *pr. de furtis.* In dieser letzten Stelle ist unter furti actio die condictio furtiva zu verstehen (also furti *condictitia* actio), in welcher Bedeutung derselbe Ausdruck auch in folgenden Stellen vorkommt: *L.* 14 § 16 *de furtis* (47. 2.), *L. un. C. quando civ. actio* (9. 31.), Paulus II. 31 § 34. Vgl. Cujacius obs. XVII. 12, Donellus § 15.

(i) *L.* 9 § 1 *de furtis* (47. 2.).

5) Desgleichen mit der a. rationibus distrahendis (k).

6) Tutelae und rationibus distrahendis (l).

7) Communi dividundo und pro socio, wegen der Früchte und Auslagen (m).

8) Doli und quod metus causa (n).

Es ist aber zu bemerken, daß die hier erwähnten Fälle der Concurrenz nicht immer zu dieser ersten Klasse, sondern oft zu der zweyten gehören, so daß ihre Behandlung stets von den zufälligen Umständen des einzelnen Falles abhängt. Wenn nämlich der Gegenstand beider Klagen genau denselben Umfang hat, so gehört dieser Fall zur ersten Klasse (o); eben so wenn die umfassendere Klage zuerst mit Erfolg angestellt worden ist (p). Wurde dagegen die beschränktere Klage zuerst angestellt, so gehört der Fall

(k) *L.* 2 § 1 *tutelae* (27. 3.), *L.* 55 § 1 *in f. de administr.* (26. 7.).

(l) *L.* 1 § 21 *tutelae* (27. 3.). Die Stelle geht allerdings in ihrem ursprünglichen Sinn auf die Prozeßconsumtion, im Justinianischen Recht muß sie auf dieselbe Weise, wie die übrigen hier zusammengestellten Fälle der Concurrenz, gedeutet werden, d. h. man muß zu der Anstellung der Klage auch noch den Erfolg hinzu denken. Vgl. über diese Stelle Ribbentrop S. 56—58, ferner über das Verhältniß der beiden genannten Klagen zu einander, oben § 212, und über die Behandlung der angeführten Stelle im neuesten Recht unten § 235. g.

(m) *L.* 38 § 1 *pro soc.* (17. 2.).

(n) *L.* 14 § 13 *quod metus* (4. 2.). Der Widerspruch dieser Stelle mit *L.* 1 § 4 *de dolo* (4. 3.), woran sich Viele versucht haben, gehört nicht hierher.

(o) So z. B. wenn der Miether eines Pferdes dasselbe gestohlen hat, und aus dem Miethcontract gerade nichts Anderes schuldig ist, als den Ersatz für das Pferd, worauf auch die condictio furtiva geht.

(p) So wenn in dem in der Note o. erwähnten Fall auch noch Miethgeld rückständig ist, und durch die zuerst angestellte actio locati Ersatz und Miethgeld zugleich erlangt wurde.

unter die zweyte Klasse, indem die noch übrige Klage auf denjenigen Theil des Gegenstandes angestellt werden kann, welchen der Kläger durch die erste Klage noch nicht erlangt hat (q).

Reiner und entschiedener in dieser Hinsicht erscheint diese Concurrenz bey solchen Klagen, die *unter verschiedenen Personen* bestehen (r), indem hier die Gegenstände der einzelnen Klagen meist völlig congruent sind. Diese Fälle erscheinen in verschiedenen Graden der Verwandschaft der Klagen unter einander, welche sich in folgender Abstufung darstellen lassen (s):

A) *Identität* der Obligation, so daß wahrhaft eine und dieselbe Obligation mehrere Glaubiger oder Schuldner zugleich umfaßt (t). Diese Identität konnte bey den Römern auf dreyerley Weise, und nur auf diese, willkührlich hervorgebracht werden. Erstlich bey einer von Mehreren gemeinschaftlich und für dasselbe Object geschlossenen Stipulation (duo rei), wohin auch der Fall der fidejussio gehört. Zweytens bey jedem anderen gemeinschaftlichen Contract, wobey Jeder genau für Dasselbe

(q) So wenn in dem vorigen Fall (Note p.) zuerst die condictio furtiva auf den bloßen Ersatz angestellt worden ist. Die actio locati kann noch immer auf das Miethgeld angestellt werden, so daß nun der Fall zu der zweyten Klasse der Concurrenz gehört.

(r) Es sind Dieses also Fälle, worin der Concurs, nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, ein subjectiver ist.

(s) Ribbentrop S. 83. 258, in welcher Schrift diese Fälle überhaupt auf sehr befriedigende Weise abgehandelt sind.

(t) Ribbentrop S. 106. 110. 117. 170—178. 258. — In diesen Fällen hatten beide Klagen eine und dieselbe Intentio.

wie jeder Andere (also auch für die verletzenden Handlungen dieses Andern) sich verpflichtet (u). Drittens durch Testament. Für das heutige Recht verschwindet der erste Fall, so daß also jetzt die Annahme eines solchen Rechtsverhältnisses stets von der Auslegung der Verträge abhängt, anstatt daß bey den Römern die wichtigsten Fälle dieser Art durch die hergebrachten Formen der Stipulation völlig außer Zweifel gesetzt waren. — Dieselbe Identität aber entsteht auch ohne eine hierauf gerichtete besondere Willkühr, in den Fällen der actio exercitoria, institoria, de peculio, de in rem verso, quod jussu, indem hier stets die Obligation des Unternehmers, des Vaters u. s. w. mit der Obligation des Aufsehers oder des Sohnes völlig identisch ist (v).

B) Bloße Solidarität (w). Wenn Mehrere gemeinschaftlich ein Delict begehen, so macht sich Jeder des ganzen, vollständigen Delicts schuldig. Jeder also ist für sich selbst Schuldner, und man kann nicht, wie bey den Correis, sagen, daß eine und dieselbe Obligation sich auf Mehrere beziehe. Da aber der erlittene Schade nur ein einfaches Daseyn hat, so ist der Betrag der einzelnen Schulden von gleicher Größe; und da durch den einmal geleisteten Ersatz das Daseyn des Schadens vernichtet ist, so muß die von Einem geleistete Zahlung die Übrigen be-

(u) *L.* 9 *de duobus reis* (45. 2.). 420. fg.

(v) Keller Litiscontestation S. 90. 121.

(w) Ribbentrop S. 44. 56.

freyen (§ 211. c.). Dasselbe Verhältniß findet sich oft zwischen Mitvormündern; ferner zwischen Mehreren, die gemeinschaftlich eine Sache als Commodat oder Depositum empfangen haben, ohne sich zu der unter A) erwähnten vollständigen Identität der Leistung zu verpflichten (x).

C) Endlich giebt es noch einen Fall, worin nicht einmal wahre Solidarität vorhanden ist, und welcher daher nur eine einseitige und beschränkte Concurrenz in sich schließt. Wenn nämlich Bürgschaft in Form eines Mandats geleistet wird, so erlangt dadurch der Glaubiger gleichfalls zwey Schuldner, an welche er sich halten kann. Klagt er nun gegen den Hauptschuldner, und erlangt von diesem Bezahlung, so wird der mandator frey, weil die Mandatsklage kein Object mehr hat; dagegen befreyt die gegen den mandator erzwungene Zahlung den Hauptschuldner nicht (y).

§. 233.

Aufhebung des Klagrechts. II. Concurrenz. Zweyte Klasse von Klagen. Partielle Concurrenz.

Zweyte Klasse. Partielle Concurrenz. Hier kann die zweyte Klage zwar noch angestellt werden, jedoch nur entweder mit Abrechnung der schon erlangten Summe, oder auch nach Rückgabe derselben. Es läßt sich Dieses

(x) *L.* 1 § 43 *depositi* (16. 3.), *L.* 9. 22 *eod.*, *L.* 5 § 15 *commod.* (13. 6.).

(y) *L.* 28 *mandati* (17. 1.). Ribbentrop S. 84.

auf verschiedene Weise denken; bald indem die zweyte Klage manche Gegenstände umfaßt, die in der ersten gar nicht vorkommen konnten (§ 232. q.); bald indem sie zufällige Nebenvortheile mit sich führt, z. B. durch eine besondere Art der Schätzung (a); bald indem sie, als mixta actio, auf Entschädigung und Strafe zugleich geht, anstatt daß durch die erste blos die Entschädigung erlangt wurde (b). Schon oben aber ist bemerkt worden, daß es bey vielen Klagen von den zufälligen Umständen jedes einzelnen Falls abhängt, ob ihre Concurrenz unter die erste oder zweyte Klasse gehört (§ 232. o. p. q.).

Das Princip dieser Klasse ist in folgender Stelle des Paulus ausgesprochen, deren Sinn ganz unzweifelhaft ist, wenngleich ein Theil derselben augenscheinlich durch eine falsche Lesart verdunkelt wird (c):

> Si ex eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius partes esse, *ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat:* si tantundem, aut minus, id consequatur.

Schlösse die Stelle mit den hier cursiv gedruckten Wor-

(a) Vgl. unten Note i.

(b) Ist eine Sache geraubt worden, so kann zuerst mit der condictio furtiva die Entschädigung eingeklagt werden; dann ist noch immer die a. vi bonorum raptorum übrig, (*L.* 2 § 26 *vi bon. rapt.* 47. 8), aber freylich nicht mehr auf Entschädigung, sondern auf den dreyfachen Werth als Strafe. — Eben so, wenn erst die Contractsklage, nachher die a. L. Aquiliae angestellt wird, welche letzte durch die Art der Schätzung eine Strafe in sich schließen kann. Von diesem Fall wird unten ausführlich gehandelt werden.

(c) *L.* 41 § 1 *de O. et A.* (44 7.) aus Paulus lib. 22 ad ed.

ten, so bliebe kein Zweifel über den Inhalt möglich; aus diesen Worten aber folgt zugleich der Inhalt der Schlußworte mit solcher Nothwendigkeit, daß eine Berichtigung des Textes derselben von jeher als unvermeidlich anerkannt, und selbst von Denjenigen gebilligt worden ist, welche außerdem die größte Abneigung gegen Emendationen haben. Die dem Sinne nach einfachste Veränderung besteht darin, daß anstatt *id* consequatur gelesen wird *nihil* (oder nil) consequatur (d). Näher an den handschriftlichen Text schließt sich diese Verbesserung an: id *non* sequatur (e). Der Erfolg beider Verbesserungen ist völlig derselbe. — Daß nun Paulus gerade den hier aufgestellten Grundsatz ausdrücken will, ist ganz unverkennbar. Das Wesen desselben führt aber darauf, als Bedingung das (ganz oder theilweise) gemeinschaftliche Object der beiden Klagen anzusehen, da nur unter dieser Voraussetzung consequenterweise von einem plus oder minus oder tantundem die Rede seyn kann. Paulus jedoch drückt als Bedingung nicht das gemeinsame Object aus, sondern den gemeinsamen Entstehungsgrund (ex eodem facto), der zwar häufig auch vorhanden, aber doch ganz unentscheidend ist (§. 231). Dieser unrichtige Gesichtspunkt, unter welchen er den Grundsatz brachte, hatte die üble Folge, daß er ihn nicht

(d) Cujacius observ. III. 25.

(e) Pagenstecher admonitoria ad Pand. P. 6 § 289. Es wird dann nur ein einziger Buchstab verändert. Man kann aber auch noch eine Art von Gemination damit verbinden, und lesen: id *non* consequatur, wodurch der Ausdruck der Stelle ungezwungner wird.

blos bey den hier angegebenen Klagen anwendete, wohin er in der That gehört, sondern auch bey verschiedenen Strafklagen aus demselben Delict, wohin er nicht gehört. Von diesem Irrthum wird noch unten an seinem Orte die Rede seyn (§ 234.). Die Wurzel desselben aber mußte gleich hier nachgewiesen werden.

Sichere Anwendungen dieses Grundsatzes finden sich in folgenden Fällen.

Es wird zuerst die a. communi dividundo angestellt, dann pro socio. Diese letzte ist zulässig, aber nur mit Abrechnung Desjenigen, was der Kläger durch die erste Klage schon erlangt hat (f).

Nach der condictio furtiva gilt die a. pro socio nur insofern sie ein anderes, und daher höheres, Interesse verfolgt, als Das welches aus dem Diebstahl entsprang (g).

Ist der Nebenvertrag bey einem Verkauf durch eine Conventionalstrafe verstärkt, so gilt die a. venditi und die Stipulationsklage. Ist aber die erste schon gebraucht, so gilt die zweyte nur dann, wenn die Strafe mehr beträgt als das schon erlangte Interesse; umgekehrt gilt die a. venditi nur, wenn das Interesse mehr beträgt, als die eingeklagte Strafe; in beiden Fällen also nur auf den Überschuß (h).

(f) *L.* 43 *pro soc.* (17. 2.) „.. *hoc minus* ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est."

(g) *L.* 47 *pr. pro soc.* (17.2.). „Sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, *nisi si pluris mea intersit.*"

(h) *L.* 28 *de act. emti* (19.1.).

Wenn der Bestohlene mit der condictio furtiva Entschädigung erhalten hat, so kann er doch noch die Sache von dem Diebe vindiciren; jedoch nur wenn er zurück zahlt, was er durch die Condiction erlangt hat. Nun muß der Dieb die Sache in Natur zurück geben, und wenn er Dieses verweigert, das jusjurandum in litem erdulden (i).

Die häufigsten und mannichfaltigsten Anwendungen finden sich bey der a. L. Aquiliae, die mit einer Contractsklage concurrirt. Wenn der Miether, der Commodatar u. s. w. die Sache zerstört oder verdirbt, so hat der Eigenthümer gegen ihn die beiden eben genannten Klagen. Da aber jede derselben zunächst und hauptsächlich auf Entschädigung geht, so wird meist die eine durch die andere absorbirt werden. Indessen kann zufällig die a. L. Aquiliae einträglicher seyn, wegen der bey ihr eintretenden künstlichen Schätzung. Ist daher die Contractsklage zuerst angestellt, so führt die consequente Anwendung unsres Grundsatzes darauf, daß die a. L. Aquiliae noch immer angestellt werden darf, jedoch nur auf die aus der künstlichen Schätzung hervorgehende Differenz, die eigentlich eine Strafe ist. Der einzige Zweifel könnte etwa daraus entnommen werden, daß dieser Strafzusatz nicht, wie bey

(i) *L.* 9 § 1 *de furtis* (47. 2.). „.. quod si ex condictione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum, aut, quod magis placet, si paratus esset petitor aestimationem restituere, nec restituetur ei homo: quanti in litem jurasset, damnaretur ei possessor."

manchen anderen Strafklagen, in einer abgesonderten Summe besteht, sondern in einer erhöhten Schätzung des Schadens, weshalb man sie für untrennbar verbunden mit der Entschädigung selbst halten könnte. Allein dieses Bedenken verschwindet völlig, wenn man erwägt, daß der Zweck durch bloße Abrechnung der geringeren (schon bezahlten) Geldsumme von der größeren leicht und sicher erreicht werden kann, welches Mittel auch in den übrigen, schon angeführten, Fällen in der That angewendet wird (Note f. g. h.). — In unsren Rechtsquellen nun finden wir über die hier aufgestellte Frage folgende Äußerungen. Viele Stellen sagen ganz allgemein, in solchen Fällen werde jede der beiden Klagen von der andern absorbirt, so daß also überhaupt nur eine derselben gebraucht werden könne; damit scheint also die Anwendung unsres Grundsatzes auf diese Fälle verneint zu werden. Stellen solcher Art finden sich von Ulpian (k), von Paulus (l), und von Gajus (m). Indessen lassen sich diese Stellen auch so verstehen, daß sie blos von dem gewöhnlichsten Fall reden wollen, worin die Aquilische Klage gerade keinen höheren Ertrag giebt, als die Contractsklage, weil die künstliche Schätzung auf keine höhere Geldsumme führt. Die Richtigkeit dieser Auslegung folgt unwidersprechlich aus eini-

(k) *L.* 27 § 11 *ad L. Aqu.* (9. 2.), *L.* 13 *de rei vind.* (6. 1.).

(l) *L.* 36 § 2 *de her. pet.* (5. 3.), *L.* 18 *ad L. Aqu.* (9. 2.), *L.* 50 *pr. pro soc.* (17. 2.), *L.* 43 *loc.* (19. 2.).

(m) *L.* 18 § 1 *comm.* (13. 6.). In ähnlichen Ausdrücken redet Derselbe von der Concurrenz der a. locati mit der a. arborum furtim caesarum. *L.* 9 *arb. furtim caes.* (47. 7.).

gen Stellen gerade derſelben Juriſten, worin ſie die Anwendung unſres Grundſatzes auch auf die Aquiliſche Klage ausdrücklich anerkennen, und zwar zum Theil in Ausdrücken, worin dieſe Anwendung als die ſeltner vorkommende, leicht überſehene, gewöhnlich nicht erwähnte (alſo auch nicht durch bloßes Stillſchweigen verneinte) bezeichnet wird.

So ſagt Ulpian, indem er ſich auf Pomponius beruft, wenn der Dieb den geſtohlenen Sklaven getödtet habe, könne zuerſt die condictio furtiva, nachher die Aquiliſche Klage gebraucht werden, weil dieſe durch ihre höhere Schätzung einträglicher ſeyn könne (n). Noch entſcheidender aber iſt eine Stelle deſſelben Ulpian über die Concurrenz der a. commodati mit der Aquiliſchen Klage. Anfangs ſagt er in eben ſo allgemeinen Ausdrücken, wie in den oben angeführten Stellen (Note k), jede dieſer Klagen werde durch die andere abſorbirt; dann aber fügt er berichtigend hinzu: man möchte denn ſagen wollen, die Aquiliſche Klage könne noch immer auf die Differenz angeſtellt werden, und Dieſes ſey auch in der That das Richtige (o).

(n) *L.* 2 § 3 *de priv. delictis* (47. 1.). „ ... Et scripsit Pomponius, agi posse, quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva: namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit: condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum judicii accipiendi tempus."

(o) *L.* 7 § 1 *commod.* (12. 6.). „ ... nisi forte quis dixerit, agendo eum e L. Aquilia, hoc minus consecuturum, quam ex

Ganz in demselben Sinn wird diese Frage behandelt in einer Stelle des Paulus, die jedoch theils weniger deutlich, theils durch kritische Schwierigkeiten verdunkelt ist. Es ist die Rede von einem Commodat an Kleidungsstücken, die der Commodatar zerrissen hat; darüber drückt sich Paulus also aus (p):

et quidem post legis Aquiliae actionem, utique commodati finietur: post commodati, an Aquiliae remaneat *in eo quod in repetitione triginta dierum amplius est*, dubitatur. Sed verius est remanere (q), quia simplo accedit, et simplo subducto locum non (r) habet.

Nach den letzten, sehr dunklen Worten könnte man glauben, Paulus habe sich den oben angeregten Bedenken hingegeben, daß der Zusatz der Aquilischen Klage von ihrem Hauptinhalt ganz untrennbar sey, und er habe deswegen die Aquilische Klage gänzlich versagt; dann müßte

causa commodati consecutus est: *quod videtur habere rationem.*"

(p) *L.* 34 § 2 *in f. de O. et A.* (44. 7.) aus Paulus lib. sing. de concurrentibus actionibus.

(q) Glossa Accursii: „alias *non*, alias *sine non*." Beide Lesearten also haben alte Beglaubigung; die zweyte, die oben im Text steht, ist die Florentinische. — *Non* remanere las auch eine alte Handschrift der Leipziger Rathsbibliothek, welche an Haubold verliehen war, und aus Versehen mit dessen Bibliothek nach Åbo geschickt wurde, wo sie mit der übrigen Bibliothek verbrannt ist.

(r) Diese Lesart findet sich in allen bekannten Handschriften. Zwar steht am Rande der Ausgabe des Baudoza: „in quibusdam deest haec etiam negatio," allein Dieses ist kein ganz zuverlässiges Zeugniß. — Cujacius observ. III. 25 bemerkt blos, das non müsse entweder in beiden Sätzen stehen, oder in beiden fehlen, welches letzte er vorzieht.

man die, allerdings durch Handschriften beglaubigte, Lesart *non* remanere als richtig annehmen. Allein zwey Gründe stehen diesem Resultat, und der damit verbundenen Lesart, entgegen. Erstlich das im Anfang des gegenwärtigen Paragraphen (Note c) angegebene, von Paulus aufgestellte Princip, welches er so festhält, daß er es auch da anwendet, wohin es nicht gehört; zweytens, daß Paulus wenige Zeilen vor unsrer Stelle die Aquilische Klage hinter der Injurienklage in id quod amplius competit gelten läßt, welches also auf dieselbe Weise auch hinter der commodati actio möglich und richtig seyn muß. — Die einfachste Art, diesen Sinn zu retten, besteht darin, daß man, nach dem Vorschlag des Cujacius, und nach einer, wenn auch zweydeutigen, handschriftlichen Autorität (Note r), die Lesart: locum habet (ohne non) annimmt. Nun ist der Sinn dieser: „die Aquilische Klage gilt auch jetzt noch, weil ihr Erfolg (möglicherweise) über das Simplum hinausgeht, so daß dann die Klage, auch nach Abzug des schon bezahlten Simplum, noch immer ein Object hat, für welches sie denn auch wirklich zulässig ist." — Indessen kann man versuchen, auch die vollständige Florentinische Lesart durch folgende, den Gedanken ergänzende, Paraphrase zu erhalten: „Die Aquilische Klage bleibt übrig, aber nicht blos, wie es in der Frage ausgedrückt war, für das amplius, sondern ganz (also remanere für *integram* remanere), weil nämlich das amplius in der Klage nur als ein Zusatz zu dem Simplum er-

scheint, also, wenn man das Simplum aus der Klage weglassen wollte (simplo subducto), auch das amplius nicht als Inhalt einer Klage möglich ist (locum non habet)." Nach dieser Wendung würde sich die Stelle auf die Fassung der formula beziehen, deren Intentio freylich nie auf das amplius, sondern nur auf damnum decidi oportere, also auf das Simplum und die Straferhöhung zugleich, gerichtet seyn konnte. Im Hintergrund läge dann der (nicht ausgedrückte) Gedanke, daß die Verfolgung des schon erhaltenen Simplum, durch eine doli exceptio, per Praetorem inhibenda est, wie es im princ. für einen ähnlichen Fall gesagt ist (s). — Das Resultat beider Erklärungen ist völlig dasselbe, allerdings aber empfiehlt sich die erste (wenn man einmal die Emendation locum habet zulassen will) durch größere Einfachheit.

(s) Diese Erklärung findet sich bey A. O. Krug de condictione furtiva Lips. 1830. p. 66. Dem Gedanken nach übereinstimmend, aber mit ganz entgegengesetztem Text, ist die Erklärung des Donellus § 17; dieser liest *non* remanere und locum *non* habet, und erklärt so, daß die Klage auf das bloße amplius nicht gelte (non remanere), weil eben nur auf das Ganze geklagt werden könnte. Im Hintergrund liegt nun der (nicht ausgedrückte) Gedanke, die Klage auf das Ganze (Simplum und amplius) sey wirklich zulässig, werde aber durch doli exceptio auf das amplius beschränkt. — Gezwungener und weniger befriedigend ist die Erklärung, die sich bey Thibaut S. 191 und Anderen findet, und zu deren Unterstützung noch einigermaßen die Emendation *etsi* simplo für et simplo dienen kann. Vgl. Schulting notae in Digesta, L. cit.

§. 234.

Aufhebung des Klagrechts. II. Concurrenz. Dritte Klaſſe von Klagen. Keine Concurrenz.

Dritte Klaſſe. Keine Concurrenz.

In allen Fällen dieſer Klaſſe kann die zweyte Klage ganz und mit vollſtändiger Wirkung angeſtellt werden, obgleich die erſte Klage ſchon mit vollem Erfolg gebraucht worden iſt.

Da dieſe Klaſſe einen blos negativen Charakter hat, ſo können dahin unzählige Fälle gerechnet werden, welche hier zu erwähnen Niemand den Gedanken haben wird; namentlich alle gleichzeitig unter verſchiedenen Perſonen beſtehende Klagen aus ganz verſchiedenen Rechtsgeſchäften. Wenn alſo hier manche Fälle noch beſonders erwähnt werden ſollen, ſo kann Dieſes nur bey ſolchen Bedürfniß ſeyn, worin der täuſchende Schein einer Concurrenz vorhanden iſt, welcher daher weggeräumt werden ſoll. Es werden dahin ſolche Klagen gerechnet werden müſſen, die einen gemeinſamen Entſtehungsgrund haben, unter denſelben Perſonen beſtehen, oder denſelben Namen führen, bey welchen aber dennoch eine Concurrenz nicht anzunehmen iſt, weil ihnen ein gemeinſchaftliches Object fehlt (§ 231).

A) Dahin gehört zuerſt der Fall eines Delicts, woraus neben einer Entſchädigungsklage eine reine Strafklage entſpringt. Beide Klagen ſind von einander ganz unabhängig.

So die condictio furtiva und die furti actio aus demselben Diebstahl, deren gegenseitige Unabhängigkeit stets unbestritten war (a). Eben so, nach der richtigeren Betrachtung, die Injurienklage und die Aquilische Klage, wenn ein Sklave durch Schläge hart mishandelt war. Darin lag eine Injurie gegen den Herrn, und eine Beschädigung des Eigenthums, die Injurienklage verfolgte eine Strafe, die Aquilische den Schadensersatz (b).

Es liegt also hierin dasselbe Princip, wie bey den gemischten Pönalklagen. Die actio vi bonorum raptorum geht auf den einfachen Ersatz, und daneben, auf den dreyfachen Werth als Strafe (c). Wie hier durch eine und dieselbe Klage die Strafe noch außer der Entschädigung gefordert wird, so in jenen Fällen durch verschiedene Klagen.

B) Die Injurie gegen eine Ehefrau ist zugleich eine Injurie gegen den Mann. Hier entstehen aus derselben Handlung zwey gleichnamige Strafklagen, deren jede von

(a) *L.* 7 § 1 *de cond. furt.* (13. 1.), *L.* 45. 46. 47 *pr. pro soc.* (17. 2.), *L.* 34 § 2 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 54 § 3 *de furtis* (47. 2.).

(b) *L.* 15 § 46 *de injur.* (47. 10.). So war es unbestritten, wenn man in der Aquilischen Klage die Entschädigung als das Überwiegende betrachtete. Paulus freylich sieht sie in *L.* 34 *pr. de O. et A.* (44. 7.) vorzugsweise als Strafklage an, und wendet daher auf diesen Fall ganz unpassender Weise das Princip des bloßen amplius in der zweyten Klage an. Nach Ulpians Meynung kann auch diese Betrachtungsweise kein anderes Resultat geben, wie sich unten in diesem §. zeigen wird.

(c) *pr. J. de vi bon. rapt.* (4. 2.). — Unter den früheren Juristen freylich hatten Manche behauptet, das Vierfache sey hier reine Strafe. Gajus IV. § 8.

dem Erfolg der andern ganz unabhängig ist (d). Die Bestrafung jedes dieser zwey Delicte ist ein für sich bestehendes Object.

C) Wenn Mehrere zugleich stehlen, so begeht Jeder den ganzen, vollen Diebstahl, und der Umstand, daß ihm Andere dabey helfen, verändert oder vermindert die Strafbarkeit seiner Handlung nicht. Daher geht gegen Jeden die furti actio auf die volle Strafe, wenngleich die Übrigen ihre Strafe schon gezahlt haben, weil die Bestrafung eines jeden dieser Delicte ein selbstständiges Object ist (§ 211. b.).

D) Wenn Mehrere einen Sklaven gleichzeitig tödten, so daß man nicht sagen kann, welcher vorzugsweise der Thäter sey, so soll Jeder den vollen Betrag der Aquilischen Klage zahlen, wie wenn er allein gehandelt hätte; hierin stimmten die Römischen Juristen von alter Zeit her überein (d[1]). Auf den ersten Blick möchte man geneigt seyn, hierin blos eine falsch angewendete Analogie der furti actio anzunehmen, indem es scheint, die reine Entschädigung dürfe nur einmal gefordert werden, die Straferhöhung habe jeder Thäter ganz zu zahlen. Allein durch folgende Betrachtung läßt sich jene Entscheidung der alten

(d) *L.* 1 § 9 *de injur.* (47. 10.) (Ulpian), *L.* 18 *eod.* (Paulus) *L.* 41 *eod.* (Neratius).

(d[1]) *L.* 51 § 1 *ad L. Aquil.* (9. 2.). Idque est consequens *auctoritati veterum:* qui cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret cujus ictu perisset, *omnes lege Aquilia teneri judicaverunt.*" *L.* 11 § 2 *eod.*. Die erste Stelle ist von Julian, die zweyte von Ulpian, der sich dabey auf Julian beruft.

Juristen rechtfertigen. Das Gesetz erlaubt dem Beschädigten, jeden einzelnen Thäter so zu behandeln, wie wenn seine Handlung nicht jetzt, sondern in irgend einer vergangenen Zeit des letzten Jahres geschehen wäre. Durch diese zugelassene Fiction kommt man mit jedem einzelnen Thäter auf einen Zeitpunkt, in welchem der Andere nicht zugleich handelte, so daß deshalb er den vollen Betrag unverkürzt zahlen muß.

E) Wenn eine gestohlene Sache dem Diebe von einem anderen Diebe wieder entwendet wird, so hat Jeder derselben den Herrn der Sache bestohlen, welcher daher zwey von einander unabhängige furti actiones erwirbt (e).

F) Wenn dieselbe Person an derselben Sache mehrere Delicte zu verschiedenen Zeiten begeht, so ist gewiß die

(e) *L.* 76 § 1 *de furtis* (47. 2.). „ ... dominus igitur habebit cum utroque furti actionem, ita ut, si cum altero furti actionem inchoat, adversus alterum nihilo minus duret: sed et condictionem: quia ex diversis factis tenentur." Zuerst muß bemerkt werden, daß hier die Unabhängigkeit beider Klagen mit Recht nur für die furti actio, nicht für die Condiction, behauptet wird; denn wenn Ein Dieb die Entschädigung bezahlt, wird auch hier der andere frey, eben so wie bey dem gemeinschaftlichen Diebstahl. Die Hauptschwierigkeit liegt aber in den Schlußworten, da ja bey dem gemeinschaftlichen Diebstahl (idem factum) gleichfalls gegen jeden Dieb die Klage geht, und da besonders bey jedem einfachen Diebstahl die Condiction noch neben der furti actio besteht, obgleich es gewiß idem factum ist. Der Gegensatz, den hier Pomponius ausschließen will, ist die fortwährende, wiederholte Contrectation von Seiten desselben Diebes. Diese gilt stets nur als idem factum, und es entstehen daraus nie mehrere furti actiones oder mehrere Condictionen. Im Gegensatz dieses idem factum werden in unsrer Stelle die diversa facta als entscheidend angegeben. Vgl. *L.* 9 *pr. L.* 67 § 2 *de furtis* (47. 2.). Ähnliches gilt bey damnum. *L.* 32 § 1 *L.* 48 *ad L. Aquil.* (9. 2.).

Strafe eines jeden Delicts besonders verwirkt, unabhängig von den übrigen Strafen (f). Auch die Entschädigung für jedes einzelne Delict kann eine ganz selbstständige Natur haben (g). Wenn jedoch die eine Entschädigung schon den vollständigen Sachwerth umfaßt, so kann daneben nicht noch eine andere partielle Entschädigung vorkommen (h). Nur macht auch hier wieder die Aquilische Klage durch ihre künstliche Berechnung, worin eine Strafe enthalten seyn kann, eine Ausnahme (i).

G) Die in diesem §. vorgetragenen Sätze waren größtentheils auch bey den Römischen Juristen völlig unbestritten.

(f) *L.* 2 *pr.* § 1. 2. 4. 5. 6 *de priv. delictis* (47. 1.), *L.* 27 *pr. ad L. Aquil.* (9. 2.).

(g) *L.* 32 § 1 *L.* 48 *ad L. Aquil.* (9. 2.). So z. B. wenn Jemand an demselben Hause zuerst Fenster einschlägt, und zu einer andern Zeit das Dach beschädigt.

(h) Weil sonst durch die nur zur Entschädigung bestimmte Klage eine Bereicherung entstehen würde; dieses gilt besonders auch, wenn mehrere mixtae actiones auf diese Weise entstehen, für den in jeder derselben enthaltenen blos persecutorischen Theil. Mit Recht bemerkt Göschen Vorlesungen I. 462. 463, die Worte der *L.* 2 *de priv. del.* (Note f) seyen großentheils so allgemein gefaßt, daß man sie auch auf die Unabhängigkeit des persecutorischen Theils beziehen könnte, ganz gegen die Absicht Ulpians, wie Dieses besonders aus dem § 3 derselben Stelle klar hervorgeht.

(i) *L.* 2 § 3 *de priv. delictis* (47. 1.). Wird ein kostbares Pferd zuerst lahm geschlagen (wodurch sein Werth auf eine Kleinigkeit herab sinken kann), und dann vor Ablauf eines Jahres getödtet, so muß der Thäter beynahe das Doppelte des ursprünglichen hohen Werthes bezahlen, weil das Interesse der Tödtung nach dem Werth zur Zeit des unverletzten Zustandes berechnet wird. — Ganz eben so ist es nun auch, wenn Einer einen Sklaven tödlich verwundet, so daß er nicht gerettet werden kann, später ein Anderer ihn wirklich tödtet. Hier zahlt Jeder das Ganze als einziger Todtschläger, nur mit etwas verschiedener Zeitberechnung. *L.* 51 *pr.* § 2 *ad L. Aquil.* (9. 2.), vgl. oben Note d'.

Dagegen hat der nun folgende Fall mehr Streit unter ihnen erregt, als irgend eine andere, die Klagenconcurrenz betreffende, Frage.

Eine einfache Handlung kann so beschaffen seyn, daß verschiedene Strafgesetze durch sie verletzt werden, so daß dieselbe Handlung materiell als einfach, formell aber, durch ihre verschiedenen Beziehungen, als mehrere Delicte in sich schließend, zu betrachten ist. Nach allgemeinen Grundsätzen müssen wir in diesem Fall jede wahre Concurrenz verneinen, also die vollständige Anwendung aller einzelnen Strafklagen neben einander behaupten. Denn das gleiche Object mehrerer Klagen, welches der einzige Grund wahrer Concurrenz ist (§ 231), findet sich hier nicht, da die Bestrafung jedes einzelnen hier wirklich begangenen Delicts ein ganz eigenthümlicher, für sich bestehender Zweck ist, also mit der durch mehrere Klagen zu verfolgenden Entschädigung keine wahre Ähnlichkeit hat. Eine Bestätigung dieser Ansicht liegt auch darin, daß bey der Injurie gegen eine Ehefrau die unbeschränkte Zulässigkeit mehrerer Strafklagen neben einander ganz allgemein anerkannt ist (Note d); es macht aber für die Natur und Strafbarkeit der begangenen einfachen Handlung durchaus keinen Unterschied, ob die in derselben vereinigt enthaltenen Delicte gegen mehrere Personen, oder gegen eine einzige, begangen worden sind (vgl. Note bb).

Wenn dennoch manche Römische Juristen hierüber andere Ansichten haben, so liegt Dieses an der häufigen,

aber ganz verwerflichen, Verwechslung des gleichen materiellen Entſtehungsgrundes mit dem gleichen Gegenſtand der Klagen (§ 231), wodurch ſie dann ferner verleitet worden ſind, für dieſen Fall eine Prozeßconſumtion anzunehmen, die darin in der That nicht begründet iſt; ferner wurden ſie getäuſcht durch die ſcheinbare Ähnlichkeit des Verhältniſſes, worin mehrere Strafklagen zu einander ſtehen, mit dem zwiſchen mehreren Entſchädigungsklagen; endlich auch durch die allerdings zweydeutige Natur der gemiſchten Strafklagen, deren beide Beſtandtheile jedoch ſtets mit Sicherheit unterſchieden werden können.

Über die wirklichen Meynungen der alten Juriſten haben wir folgende Nachrichten. Modeſtin behandelt dieſen Fall nach der für die erſte Klaſſe (§ 232) aufgeſtellten Regel, läßt alſo ſtets nur eine der mehreren Strafklagen zu. — Paulus behandelt ihn nach der Regel der zweyten Klaſſe (§ 233), geſtattet alſo, wenn eine Strafklage gebraucht iſt, auch noch eine zweyte, jedoch nur auf das amplius. — Papinian und Ulpian nehmen gar keine Concurrenz zwiſchen ſolchen Klagen an, laſſen alſo jeder derſelben ihre volle Wirkung auch neben den übrigen. Dieſelbe Meynung hat Hermogenian, der zugleich die ſpätere allgemeine Anerkennung derſelben berichtet.

I. Modeſtin. Seine Meynung kommt in keiner einzelnen Anwendung vor, ſondern blos in folgender allgemein ausgedrückten Regel (k):

(k) *L.* 53 *pr. de O. et A.* (44. 7.) aus Modestinus lib. 3 regularum.

Plura delicta *in una re* plures admittunt actiones: sed non posse omnibus uti probatum est: nam si *ex una obligatione* plures actiones nascuntur, una tantummodo, non omnibus, utendum est.

Die Worte ex una re heißen offenbar so viel als ex eodem facto, wie der nachfolgende, abwechselnd gebrauchte, Ausdruck ex una obligatione zeigt, in welchem obligatio die sehr gewöhnliche Bedeutung der eine Obligation erzeugenden Handlung hat. Hier ist nun die Verwechslung des gemeinsamen Entstehungsgrundes mit dem gemeinsamen juristischen Object recht augenscheinlich. — Man könnte noch etwa glauben, Modestin habe sich nur zu allgemein ausgedrückt, und sey daneben nicht abgeneigt gewesen, so wie Paulus, eine zweyte Klage auf das amplius zuzulassen. Allein Paulus selbst erwähnt das Daseyn einer solchen extremen Meynung, wie sie hier dem Modestin zugeschrieben wird, die also seiner eigenen entgegengesetzt war (l). Modestin also hatte dieselbe ohne Zweifel von älteren Juristen angenommen, auf welche hier Paulus anspielt, ohne sie zu nennen.

II. Paulus. Es ist schon oben (§ 233) erwähnt worden, daß er den für die zweyte Klasse in der That geltenden Grundsatz, nach welchem jede noch übrige Klage

(l) *L.* 34 *pr. de O. et A.* (44. 7.). „.. sed quidam, altera *electa, alteram consumi*;" hier wird also geradezu die Prozeßconsumtion als Entscheidungsgrund angeführt. Es ist hier die Rede von der Injurienklage neben der Aquilischen, wegen eines schimpflich gepeitschten fremden Sklaven.

auf das amplius angeſtellt werden kann, in zu ausgedehnter Weiſe ausdrückt; er faßt ihn nämlich ſo allgemein, daß derſelbe auch auf die Strafklagen Anwendung findet, wohin er in Wahrheit nicht paßt.

Er hat aber dieſe ſeine Meynung nicht blos in jenem allgemeinen Princip ausgeſprochen, ſondern auch ganz conſequent in folgenden einzelnen Anwendungen durchgeführt.

1) Wenn ein fremder Sklave ſchimpflich gepeitſcht wird. Die Aquiliſche und die Injurienklage, jede von ihm auf das amplius noch nach der anderen zugelaſſen (m).

2) Wenn eine Sache geraubt wird, ſo liegt darin ein zweyfaches Delict: Raub und Diebſtahl. Nach der actio furti nec manifesti ſoll die a. vi bonorum raptorum noch gelten, aber nur auf das amplius (n).

3) Eben ſo bey abgehauenen Bäumen: die Aquiliſche Klage und die a. arborum furtim caesarum (o).

In einer andern Stelle ſoll er, wie man gewöhnlich annimmt, zwey Strafklagen vollſtändig neben einander gelten laſſen: die furti actio und die a. de rationibus distrahendis (p). Manche haben deshalb den Paulus als inconſequent getadelt, Andere haben eine Interpolation angenommen. Beides ohne Grund, da die eben angeführte Klage gegen den untreuen Vormund in der That nicht

(m) *L.* 34 *pr. de O. et A.* (44. 7.). Es iſt dieſelbe Stelle, worin er daneben noch fremde Meynungen anführt (Note l.).

(n) *L.* 1 *vi bon. rapt.* (47. 8), *L.* 88 *de furtis* (47. 2.).

(o) *L.* 1 *arborum furtim caes.* (47. 7.), *L.* 11 *eod.*

(p) *L.* 2 § 1 *de tutelae* (27. 3.).

als Strafklage von den alten Juristen angesehen wird (§ 212).

III. Nach der richtigern Meynung, die auch bey den Römern zuletzt gesiegt hat, können alle Strafen neben einander unvermindert zur Anwendung kommen.

Papinian spricht diese Meynung in folgender Anwendung aus. Wenn eine fremde Sklavin stuprirt wird, so gilt die Aquilische, die Injurienklage, und die a. servi corrupti, und zwar alle neben einander (q).

Ulpian spricht diese Meynung theils als allgemeine Regel aus, theils in einzelnen Anwendungen. Als allgemeine Regel in folgenden zwey Stellen:

Nunquam actiones poenales *de eadem pecunia* concurrentes alia aliam consumit (r).

In dieser Stelle liegt der entschiedenste Widerspruch gegen die Meynung des Paulus über das amplius. Denn wenn die mehreren Strafklagen auf eadem pecunia (gleiche

(q) *L.* 6 *ad L. Jul. de adult.* (48. 5.). „ .. nec propter plures actiones parcendum erit in hujusmodi crimine reo." Göschen Vorlesungen I. S. 459 hält es für eine Eigenthümlichkeit gerade dieses schweren Vergehens, da auch das Interesse unverkürzt mehrmals bezahlt werden solle. Das Letzte wird indessen nicht gesagt, zwey dieser Klagen konnten auch wohl auf ein verschiedenartiges Interesse gehen (vgl. *L.* 11 § 2 *de servo corr.* 11. 3.), und das nec *parcendum* geht mehr auf eine Häufung der Strafen, als auf eine sonst ungewöhnliche mehrfache Entrichtung des Interesse. Die Worte in hujusmodi crimine sollen nicht ein besonders schweres Verbrechen bezeichnen (welches nach Römischen Begriffen in jener Handlung gar nicht enthalten war), sondern eben nur den Fall mehrerer Delicte, die in einer und derselben Handlung vereinigt sind.

(r) *L.* 60 *de O. et A.* (44. 7) aus Ulpian. lib. 17 ad ed.

Summe) gehen, so muß jede derselben durch den Gebrauch der andern, nach Paulus, völlig ausgeschlossen werden. — Der Ausdruck consumit könnte mit besonderer Hinsicht auf die Prozeßconsumtion gewählt seyn, die also hier verneint werden sollte, doch läßt sich Dieses mit Sicherheit nicht behaupten, da derselbe Ausdruck auch die materielle Consumtion, durch die vermittelst der ersten Klage bewirkte Zahlung, bezeichnen kann (s).

Die zweyte Stelle lautet so:

Nunquam actiones, *praesertim* poenales, *de eadem re* concurrentes, alia aliam consumit (t).

Diese Stelle ist, nach ihrem Wortlaut, der vorhergehenden so auffallend ähnlich, daß man auch den Sinn für völlig gleich halten möchte; und dennoch ist dieser sehr verschieden. Denn da sie von allen Klagen spricht, nicht blos von den Strafklagen, so konnte Ulpian unmöglich sagen wollen, daß diese, wenn sie auf dasselbe Object giengen, einander niemals consumirten, da ja bey den Entschädigungsklagen dieser Art gerade das Gegentheil als Regel anzunehmen ist (§ 232). Selbst dadurch wird diesem Bedenken nicht abgeholfen, wenn man etwa das vorzügliche Gewicht auf die Prozeßconsumtion legen wollte, die hier verneint werden sollte, und auf welche das Wort

(s) Keller Litiscontestation S. 483. 494.

(t) *L.* 130 *de R. J.* (50. 17.), aus Ulpian. lib. 18 ad ed., also aus demselben Werk wie die in der Note r. angeführte Stelle, und selbst aus einem ganz nahe liegenden Abschnitt dieses Werks.

consumit bezogen werden könnte (u). Denn aus der Correalstipulation entstanden gerade zwey Klagen auf dasselbe Object, und bey ihr trat die Prozeßconsumtion ganz entschieden ein. Daher müssen die Worte: de eadem *re* erklärt werden von dem gemeinsamen Entstehungsgrund (wie ex eodem facto), und auch für diesen ist Ulpians Behauptung nur so zu verstehen, daß die gemeinsame Entstehung für sich allein niemals ein Grund der Prozeßconsumtion seyn soll (v). Nun liegt der nicht ausgedrückte Gedanke im Hintergrund: die folgende Klage werde nur ausgeschlossen bey gemeinsamem Object, und auch dabey sehr häufig nicht auf dem Wege der Prozeßconsumtion. Besonders bekommt durch diese Erklärung der Ausdruck *praesertim* poenales einen bestimmten und guten Sinn, denn von den Pönalklagen kann man sagen, daß stets eine noch nach der andern angestellt werden könne, und namentlich nie die Prozeßconsumtion eintrete, von den Entschädigungsklagen ist es nur theilweise wahr; dieser Unterschied beider Arten der Klagen wird durch das Wort praesertim angedeutet (w). — Es ist übrigens zu

(u) Die Unsicherheit dieser Beziehung ist schon bey der vorhergehenden Stelle bemerkt worden. Vgl. Keller Litiscontestation S. 483. 494.

(v) Die Worte de eadem re haben also hier einen ganz anderen Sinn, als in der oben § 232 a. angeführten Stelle desselben Ulpian die Worte ejusdem rei *nomine*. Diese verschiedene Erklärung so ähnlich lautender Worte, wenn sie auch auf den ersten Blick auffallen mag, erscheint doch deswegen als durchaus nothwendig, weil Ulpian in beiden Stellen ganz entgegengesetzte Entscheidungen giebt.

(w) Die hier gegebene Erklärung findet sich im Wesentlichen

bemerken, daß die hier erklärte Stelle des Ulpian wörtlich in die Inſtitutionen aufgenommen worden iſt (x), und auch dieſer Umſtand kann zur Unterſtützung der Behauptung dienen, daß die von Ulpian über jene controverſe Frage vorgetragene Meynung zugleich als die in unſren Rechtsbüchern gebilligte anzuſehen iſt.

Die einzelnen Fälle, worin Ulpian die von ihm aufgeſtellte allgemeine Regel zur Anwendung bringt, ſind folgende:

1) Die Aquiliſche und die Injurienklage, wenn ein fremder Sklave gepeitſcht, oder eine fremde Sklavin ſtuprirt worden iſt (y).

2) Die a. vi bonorum raptorum neben der furti actio oder der Aquiliſchen Klage, wenn Sachen entweder geraubt, oder durch eine Bande (coactis hominibus) beſchädigt worden ſind (z).

ſchon bey Göſchen Vorleſungen I. S. 460.

(x) § 1 *J. si quadrupes* (4. 9.). Die Regel wird hier angeführt, um die Unabhängigkeit zweyer Klagen aus derſelben Thatſache zu begründen, unter welchen die eine auf Entſchädigung, die andere auf Strafe geht.

(y) *L.* 15 § 46 *de injur.* (47. 10.), *L.* 25 *eod.* — Weſentlich dieſelbe Meynung führt Paulus an in *L.* 34 *pr. de O. et A.* (44. 7.). „alii ... si ante injuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia." Daß die hier angeführten ungenannten Juriſten für den umgekehrten Fall, wenn die Aquiliſche Klage zuerſt angeſtellt war, die Injurienklage ganz verſagten, beruhte bey ihnen nicht auf einem Zweifel an dem Princip, ſondern auf einem ganz individuellen Bedenken wegen der Formel der Injurienklage, worin die Worte bonum et aequum ſtanden, von welchen Jene glaubten, daß ſie dem Gebrauch der Klage nach ſchon eingeklagter Entſchädigung im Wege ſtänden.

(z) Zwar die *L.* 2 § 26 *vi bon. rapt.* (47. 8) erwähnt nur die Coexiſtenz dieſer und noch anderer Klagen, ohne die Art ihrer Con-

3) Die furti actio und die Aquilische Klage, wenn einem Sklaven die Kleider gestohlen wurden, und der Entkleidete vor Kälte gestorben ist (aa).

4) Die furti actio und a. servi corrupti, wenn Jemand einen fremden Sklaven zu einem Diebstahl beredet (bb).

Hermogenian endlich erklärt sich für die von Papinian und Ulpian vorgetragene Meynung in folgender Stelle (cc):

> Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit cum arbores furtim caesae dicuntur, *omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit.*

Ich sehe diese Stelle als ganz entscheidend, gleichsam als das letzte Wort der Justinianischen Gesetzgebung an;

currenz zu bestimmen; allein *L.* 2 § 10 *eod.* sagt ausdrücklich: „Ceterum neque furti actio, neque legis Aquiliae, *contributae sunt* in hoc edicto" ..., das heißt ihre Strafen gelten noch außer der durch dieses Edict bestimmten Strafe.

(aa) *L.* 14 § 1 *de praescriptis verbis* (19. 5.).

(bb) *L.* 11 § 2 *de servo corrupto* (11. 3.). — Dieser Fall kann wieder zu einer besondern Unterstützung der hier vertheidigten Meynung dienen. Ulpian scheint blos an den Fall zu denken, da der Diebstahl gegen den eigenen Herrn des beredeten Sklaven begangen wird, so daß beide Klagen in demselben Kläger vereinigt sind. Ist nun aber der Diebstahl gegen einen Dritten begangen, so wird wohl Niemand zweifeln, daß die beiden Klagen von den zwey verschiedenen Klägern unverkürzt angestellt werden können, eben so wie es bey den beiden Injurienklagen (Note d) von Allen eingeräumt wird. Was jedoch in dem Fall der zwey verschiedenen Kläger gilt, kann nicht ohne augenscheinliche Inconsequenz für den Fall desselben Klägers versagt werden.

(cc) *L.* 32 *de O. et A.* (44. 7) aus Hermogenianus lib. 2 juris epitom.

nicht, weil Hermogenian der neueſte unter allen hier angeführten Juriſten iſt, welches an ſich nicht entſcheidend ſeyn würde, ſondern weil er die in den vorhergehenden Stellen dargeſtellte große Controverſe ſelbſt erwähnt (post magnas varietates), und nun die wichtige Thatſache hinzufügt, daß zuletzt die (von Ulpian vertheidigte) ſtrengere Meynung allgemein anerkannt worden ſey (obtinuit). Hermogenian erſcheint alſo hier nicht als eine einzelne Stimme über jene Frage abgebend, ſondern als die Thatſache jenes Streites und der Beendigung deſſelben erzählend. Indem wir nun dieſe Stelle mit den vielen, oben angeführten, großentheils widerſprechenden, Stellen, als ein Ganzes zuſammen faſſen, ſo erſcheint dieſer Fall als ein ſolcher, worin uns Juſtinian ein Stück Rechtsgeſchichte mittheilen wollte, indem er nicht nur die aus langem Streit als ſiegend hervorgegangene Regel in ſeine Sammlung aufnahm, ſondern auch die in früherer Zeit ſtreitenden Meynungen ſelbſt, in einer bedeutenden Zahl von Zeugniſſen darſtellte, woraus der Sinn der letzten Entſcheidung um ſo klarer hervortreten mußte. Demnach ſind die oben angeführten Stellen des Modeſtin und des Paulus blos als Mittel zu hiſtoriſcher Belehrung über die allmälige Entwicklung der vorliegenden Rechtsregel anzuſehen (dd).

(dd) Vgl. oben B. 1 § 44. s., wo dieſe Art der vereinigenden Auslegung als Princip aufgeſtellt iſt. — Eine etwas abweichende Meynung über die hier vorliegende beſondere Frage hat Göſchen Vorleſungen I. S. 456. 460. 461. Er legt der Stelle des Hermogenian nicht die Wichtigkeit bey, die ich ihr hier zuſchreibe, und hält es für ganz zweifelhaft, welche der beiden entgegengeſetzten Regeln

Die Richtigkeit der hier aufgestellten Ansicht wird noch durch folgende Umstände bestätigt.

Einen der Fälle, worin Ulpian seine Meynung aussprach (Note bb), nämlich die furti actio neben der a. servi corrupti, hat Justinian selbst, und zwar völlig auf dieselbe Weise wie Ulpian, entschieden, nämlich dahin daß beide Klagen unverkürzt nach einander angestellt werden können (ee). Damit ist also unverkennbar ausgedrückt, welche unter den früher streitenden Meynungen Justinian selbst als die richtige ansah.

Wesentlich dieselbe Frage, wie bey den Privatstrafen, kommt auch bey den öffentlichen Strafen vor, wenn dieselbe Handlung das Wesen verschiedener öffentlicher Verbrechen in sich vereinigt. Hier nun ist ganz entschieden, und sogar ohne Spur eines früheren Zweifels, die Regel aufgestellt, daß alle verwirkte Strafen neben einander angewendet werden sollen (ff). Es würde aber eine augenscheinliche Inconsequenz seyn, hierin für die öffentlichen Strafen eine andere Regel, als für die Privatstrafen, gelten lassen zu wollen.

man als wahre Regel anzusehen habe. Wie man sich aber auch hierüber entscheide, so müßten doch die in entgegengesetzten einzelnen Entscheidungen in den Digesten, als Ausnahmen neben der angenommenen Regel anerkannt werden. — Dieses Letzte kann ich am Wenigsten einräumen, da keine einzige dieser Stellen die Natur einer Ausnahme an sich trägt, sondern vielmehr jede nur dazu bestimmt ist, die von ihrem Verfasser angenommene Regel auf einen einzelnen Fall anzuwenden.

(ee) *L.* 20 *C. de furtis* (6. 2), § 8 *J. de oblig. ex delicto* (4. 1.).

(ff) *L.* 9 *C. de accus.* (9. 2.). Die Stelle ist oben abgedruckt § 231. b.

Indessen muß doch zu der hier als richtig angenommenen Meynung folgende Beschränkung hinzugefügt werden. Wenn zwey Klagen aus demselben Delict neben einander vorkommen, deren jede aus Entschädigung und Strafe gemischt ist, so gilt die vollständige Cumulation nur für die in jeder enthaltene reine Strafe; die Entschädigung dagegen, die durch die erste Klage bereits bewirkt worden ist, kann durch die zweyte nicht noch einmal gefordert werden. Dieses gilt namentlich von dem bey Hermogenian erwähnten Fall, der Aquilischen Klage neben der a. arborum furtim caesarum; das Interesse braucht nur einmal bezahlt zu werden, aber die Straferhöhung kommt aus jeder der beiden Klagen vollständig zur Anwendung. Hermogenian hat Dieses allerdings nicht ausgedrückt, es muß also seiner Regel die Einschränkung hinzugefügt werden: *inso weit jede dieser mehreren Klagen auf reine Strafe geht.* Daß Papinian und Ulpian diese Einschränkung nicht aussprechen, erklärt sich daraus, daß in den meisten Collisionsfällen zwey gemischte Klagen gar nicht vorkommen, indem die eine Klage (wie die Injurienklage und die furti actio) eine reine Strafklage ist; zugleich auch daraus, daß sie ihre Aufmerksamkeit nur auf Dasjenige richteten, welches allein controvers gewesen war, nämlich die Cumulation mehrerer *Strafen.* Ulpian überdem deutet auf jene Einschränkung vernehmlich genug hin, indem er in der bestimmtesten Stelle (Note r) nur von actiones *poenales* spricht; und auch bey Hermogenian liegt eine

Hindeutung darauf in der Erwähnung der großen Streitigkeiten, die sich, so viel wir wissen, nur auf die Collision der Strafen bezog. — Die Richtigkeit der hier aufgestellten Beschränkung folgt nothwendig aus allem Demjenigen, was bey der ersten und zweyten Klasse über die Behandlung der wahren Concurrenz ausgeführt worden ist (§ 232. 233). Dort beruhte die totale oder partielle Ausschließung der nachfolgenden Klage nicht etwa auf einer positiven, aus bloßer Schonung entsprungenen, Vorschrift, sondern aus der natürlichen Regel, daß ein schon vergüteter Schade nicht mehr zu vergüten möglich ist, daß also eine wiederholte Bezahlung die der Entschädigung ganz fremde Natur einer Bereicherung, hier also zugleich einer Strafe, annehmen würde. Diese natürliche Regel aber kann nicht von der Anwendung durch den ganz zufälligen Umstand ausgeschlossen werden, daß manche Klagen neben der Entschädigung auch noch eine wahre Strafe verfolgen. Vielmehr muß alsdann jeder dieser beiden Bestandtheile der Klage nach der ihm eigenthümlichen Regel behandelt werden. Ganz entscheidend aber für die Richtigkeit der hier aufgestellten Behauptung scheint mir der Umstand, daß bey der Concurrenz der Aquilischen mit einer Contractsklage von allen alten Juristen ohne Ausnahme anerkannt wird, die Aquilische könne nach der andern Klage höchstens noch auf das amplius angestellt werden; so weit sie auf reine Entschädigung gehe, sey sie abforbirt (§ 233). Was sie nun für diesen Fall als unzwei-

felhaft anerkennen, müſſen ſie nothwendig auch gelten laſſen, bey der Concurrenz der Aquiliſchen Klage mit der a. vi bonorum raptorum oder arborum furtim caesarum, für denjenigen Beſtandtheil der beiden concurrirenden Klagen, welcher die reine Entſchädigung zum Gegenſtand hat. — In dieſer Einſchränkung liegt gewiſſermaßen eine Annäherung an die Meynung des Paulus, und zugleich eine neue Erklärung der Entſtehung dieſer Meynung. Indem nämlich Paulus bey ſeinen Gegnern dieſe Einſchränkung nicht ausgedrückt ſah, und doch das Bedürfniß derſelben empfand, kam er dahin, ſie nicht nur auszudrücken, ſondern nun auch zu übertreiben, indem er ſie ſelbſt auf die reine Strafe in zwey verſchiedenen Klagen anwendete, wohin ſie allerdings nicht gehört.

Der in dieſem §. abgehandelte Fall der Colliſion zwiſchen mehreren Strafgeſetzen darf nicht verwechſelt werden mit einer anderen Colliſion dieſer Art, die mit jener nur eine äußerliche Ähnlichkeit hat. Wir ſetzten hier voraus das vereinigte Daſeyn *mehrerer* Delicte in einer und derſelben materiellen Handlung. Nun kommt es aber auch häufig vor, daß für *daſſelbe* Vergehen oder Verbrechen mehrere Strafgeſetze aus verſchiedenen Zeiten vorhanden ſind, und es entſteht, eben ſo wie bey der Klagenconcurrenz, die Frage, ob die in jenen Geſetzen enthaltenen Strafen vereinigt werden ſollen, oder ob nur eine derſelben anzuwenden iſt. Das Princip, welches oben

für die Concurrenz aufgestellt wurde, paßt auf diesen Fall gar nicht, ja es läßt sich für denselben gar kein Princip aufstellen, da Alles auf den wahren Sinn des neuesten Strafgesetzes ankommt, welcher sehr verschieden seyn kann. Gewöhnlich wird das neueste Gesetz dazu bestimmt seyn, an die Stelle der früheren zu treten, und also allein zu gelten, so daß darin keine Collision mit älteren Gesetzen, sondern die Abschaffung derselben, enthalten ist. Dieser Fall wird vorausgesetzt in einem Senatsschluß, welcher verbot: ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret (gg); dasselbe kommt auch bey manchen Privatdelicten vor (hh). — Bey mehreren Privatdelicten erscheint dagegen der ganz andere Fall, daß späterhin auch eine Anklage auf öffentliche Strafe zugelassen wurde, jedoch so daß nicht beide Strafen zugleich gelten sollten, sondern nur eine derselben, und zwar nach der Wahl des Verletzten (ii). Dieses sehr zweckmäßige Wahlrecht wurde besonders gestattet bey dem Diebstahl (kk), und bey der Injurie (ll). —

(gg) *L.* 14 *de accus.* (48. 2), s. o. § 231. b.

(hh) Über körperliche Beschädigungen bestanden ältere Gesetze, die durch die Einführung der L. Aquilia aufgehoben wurden. *L* 1 *pr. ad L. Aquil.* (9. 2.). — Das furtum manifestum wurde nach dem älteren Recht mit der Addiction bestraft; der Prätor führte eine Privatstrafe (des vierfachen Werthes) ein, und dadurch wurde jene harte Strafe aufgehoben. GAJUS III. § 189. IV. § 111.

(ii) Im Allgemeinen spricht von diesem Wahlrecht *L.* 3 *de priv. delictis* (47. 1.).

(kk) *L.* 56 § 1 *L.* 92 *de furtis* (47. 2.).

(ll) § 10 *J. de injur.* (4. 4), *L.* 35. 45 *de injur.* (47. 10.). — Schon früher galt im Fall des libellus dasselbe Wahlrecht zwischen der Privatklage und dem für diesen Fall zulässigen publicum judicium. *L.* 6 *de injur.* (47. 10.).

Allein ganz allgemein war dieſes Wahlverhältniß zwiſchen öffentlicher und Privatſtrafe nicht; die Publicanen ſollten für ihre Delicte eine Privatſtrafe erleiden, und daneben ſollte noch eine öffentliche Strafe eintreten (mm).

§ 235.

Aufhebung des Klagrechts. II. Concurrenz. Gemeinſame Betrachtungen.

Bisher iſt die Regel ausführlich dargeſtellt worden, daß, in den Fällen wahrer Concurrenz, eine früher gebrauchte Klage die ſpätere ausſchließt, und zwar bald ganz (§ 232), bald nur theilweiſe (§ 233). Es iſt nunmehr zu unterſuchen, Was eigentlich in der früheren Klage dieſe zerſtörende Kraft hat, und durch welche Rechtsformen der Zweck dieſer Zerſtörung bewirkt wird. Beides hatte im älteren Recht viele Verwicklungen und Schwierigkeiten, iſt aber im neueſten Recht ſehr einfach geworden.

Die erſte Frage iſt leicht zu beantworten aus dem oben für die Concurrenz aufgeſtellten Grundſatz, daß das ſchon Erlangte nicht mehr mit einer Klage gefordert werden kann (§ 231. 232).

— Im heutigen Recht iſt dieſe Wahl noch weiter ausgedehnt auf Abbitte, Ehrenerklärung, oder Widerruf.

(mm) *L.* 9 § 5 *de publicanis* (39. 4.). „Quod illicite .. exactum est, cum altero tanto passis injuriam exsolvitur: per vim vero extortum cum poena tripli restituitur: *amplius extra ordinem plectuntur.* Alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat.“ Der Grund lag alſo hier in dem beſonderen Verhältniß, worin die Publicanen zum Staate ſtanden.

Hieraus folgt, daß die wirkliche Leistung jene zerstörende Kraft hat, wobey es ganz gleichgültig ist, ob diese Leistung erfolgte vermittelst eines über die frühere Klage gesprochenen rechtskräftigen Urtheils und der Exsecution, oder aber freywillig; während des Prozesses, oder vor demselben, aber mit Rücksicht auf ihn, also zur Abwendung der Klage und des Urtheils.

Dagegen ist jene zerstörende Kraft nicht beyzulegen der Anstellung der Klage, der Litiscontestation, ja selbst dem rechtskräftigen Urtheil als solchem (a), so lange aus diesem Allen die wirkliche Leistung noch nicht erfolgt ist.

Die alten Juristen drücken diesen scharf bestimmten Gegensatz in folgenden Worten aus:

perceptione, non litiscontestatione; perceptione, non

(a) Manche haben für das Judicat das Gegentheil behauptet, weil ja nun der Kläger durch die actio judicati das sichere Mittel der Befriedigung habe, welches der Befriedigung selbst gleich gelte. Donellus § 8. Dieses ist nun offenbar unrichtig, wenn die concurrente Klage gegen einen Andern als den zuerst Verurtheilten angestellt wird, (z. B. wenn Zwey gemeinschaftlich betrogen haben, weshalb die doli actio gegen Jeden in solidum geht), da der Verurtheilte insolvent seyn kann. Aber auch bey demselben Beklagten ist kein Grund vorhanden, dem bloßen Judicat jene Kraft zur Ausschließung einer concurrenten Klage einzuräumen, da es in der Macht des Verurtheilten steht, das Judicat freywillig zu erfüllen, in welchem Fall die Leistung zerstörend wirkt. Auch selbst wo die alte Prozeßconsumtion eintrat, reichte doch die exc. rei judicatae nicht weiter, als schon vorher die exc. rei in judicium deductae. Es gilt also hierin durchaus derselbe Grund, aus welchem die Auflösung des Pfandrechts vermittelst der Verurtheilung des Schuldners verneint wird. *L.* 13 § 4 *de pign. act.* (13. 7.). „Nec per hoc videtur *satisfactum creditori*, quod habet judicati actionem." — Thibaut S. 156 vertheidigt auch die hier aufgestellte Meynung, aber mit einem nicht befriedigenden Grund.

electione; solutione, non litiscontestatione; ut magis eos perceptio, quam intentio liberet (b).

Der hier aufgestellte Grundsatz ist jedoch nur unter folgenden Einschränkungen als wahr anzunehmen.

Erstlich war er durch die alte Prozeßconsumtion verdrängt, da wo unter den Obligationen mehrerer Schuldner wahre Identität vorhanden war, insbesondere bey Correalschuldnern, wohin auch der Bürge neben dem Hauptschuldner gehörte (§ 232. t.). War in einem solchen Fall der eine verklagt, so wurde durch die Litiscontestation diese ganze Obligation consumirt, so daß weder gegen denselben Schuldner die Klage wiederholt, noch gegen den Mitschuldner die concurrente Klage (die ja auch nur dieselbe war) angestellt werden konnte, selbst wenn der zuerst Verklagte insolvent seyn mochte, wodurch also dieses Verhältniß für den Glaubiger sehr gefährlich werden konnte (c). Gegen diese aller Billigkeit widerstrebende Härte suchte man sich oft durch besondere Verträge zu schützen (d); in

(b) *L.* 4 *de his qui effud.* (9. 3.), *L.* 7 § 4 *quod falso* (27. 6.), *L.* 18 § 3 *de pec. const.* (13. 5.), *L.* 32 *pr. de pecul.* (15. 1.), *L.* 35 § 1 *loc.* (19. 2.).

(c) In diesen Fällen also wurde, im directen Widerspruch mit den oben im Text (bey Note b) mitgetheilten Ausdrücken, gesagt: *petitione* unius, tota solvitur obligatio; si ex altera earum *egerit*, utramque consumet ... cum altera earum *in judicium deduceretur*, *altera consumeretur*. *L.* 2 *de duob. reis* (45. 2.), *L.* 16 *eod.*, *L.* 5 *in f. de fidejuss.* (46. 1.). — Solche einzelne Spuren des früheren Rechtszustandes haben sich in die Digesten freylich nur aus Unachtsamkeit der Compilatoren verirrt.

(d) Z. B. indem der Bürge nicht dieselbe Summe wie der Hauptschuldner versprach, sondern in dieser Formel verpflichtet wurde: quanto minus ab illo consequi potero, dare spondes? *L.* 116 *de V. O.* (45. 1.). Nun standen

anderen Fällen schützte dagegen der Prätor durch Restitutionen und manche andere Mittel (e). Was aber so künstliche Gegenwehr nöthig machte, zeigte sich dadurch, auch dem Princip nach, als mangelhaft. Und so verdient Justinian gewiß Lob, indem er das Princip für die Hauptfälle, nämlich für die Correalschuldner, und eben so für die Bürgen neben dem Hauptschuldner, völlig aufhob (f). Die übrigen Fälle identischer Obligationen hat er nicht ausdrücklich erwähnt, es ist aber kein Zweifel, daß bey ihnen, eben so wie in jenen Fällen, die alte Strenge verschwinden sollte (g). Ja, wer etwa Dieses aus buchstäblicher Ängstlichkeit bezweifeln wollte, weil es nicht ausdrücklich gesagt ist, müßte doch durch den Umstand völlig

nicht beide in einer identischen Obligation.

(e) Keller Litiscontestation § 61 fg.

(f) *L.* 28 *C. de fidejuss.* (8. 41.). Ganz consequent heißt es nunmehr in Justinians Institutionen: „alter debitum *accipiendo*, vel alter *solvendo*, totam perimit obligationem et omnes liberat." § 1 *J. de duob. reis* (3. 16.). Daraus ist auch in *L.* 8. § 1 *de leg.* 1. (30. un.), als augenscheinliche Interpolation, der Zusatz entstanden: „et solutum." Ribbentrop S. 42.

(g) In den Fällen bloßer Solidarität, und in den noch entfernteren Fällen gemeinschaftlicher Haftung § 232, galt jenes strenge Princip auch in der früheren Zeit niemals. *L.* 1 § 43 *depos.* (16.3), *L.* 52 § 3 *de fidejuss.* (46.3), *L.* 23 *C. eod.* (8.41.). Bey der constituta pecunia war die Anwendbarkeit bestritten (§ 231. g.). — Übrigens kommt die auf wahre Identität der Obligation gegründete Prozeßconsumtion zwar am häufigsten und reinsten bey mehreren Schuldnern oder mehreren Gläubigern vor, sie findet sich aber doch auch zwischen denselben Personen, und hat dann dieselbe Wirkung der Prozeßconsumtion. So z. B. in *L.* 1 § 21 *tutelae* (27.3.). „In tutela *ex una obligatione* duas esse *actiones* constat" rel. Es hat keinen Zweifel, daß auch für diese Fälle die Prozeßconsumtion wegfallen muß. Vgl. oben § 232. l.

beruhigt werden, daß das Princip der Prozeßconsumtion selbst, worauf sich die Aufhebung bezog, aus dem Justinianischen Recht durch bloßes Stillschweigen vertilgt worden ist, so daß wir sein früheres Daseyn und seine wichtige Bedeutung nur erst durch Gajus erfahren haben.

Zweytens giebt es mehrere Rechtsverhältnisse, in welchen dem Berechtigten geradezu ein Wahlrecht zwischen mehreren Klagen gegeben ist, so daß in der That durch die bloße Anstellung der einen Klage, ohne Rücksicht auf den Erfolg, die andere absorbirt ist. Diese Fälle haben also eine äußere Ähnlichkeit, sowohl mit der alten Prozeßconsumtion, als mit der Klagenconcurrenz; dennoch sind sie von beiden wesentlich verschieden. Bey den allermeisten Fällen dieser Art ist die Grundverschiedenheit schon dadurch unverkennbar, daß die der Wahl überlassenen Klagen auf ganz verschiedene Objecte gerichtet sind, so daß es vielmehr eine Wahl zwischen mehreren Rechten, als zwischen Klagen, genannt werden muß. Diese Fälle haben eine ganz isolirte Natur, und beruhen auf keinem gemeinsamen Princip, namentlich nicht auf dem hier dargestellten Princip der Concurrenz. Sie hier zu erwähnen, ist deswegen nöthig, damit der nicht seltenen Einmischung derselben in die Lehre von der Concurrenz, wohin sie nicht gehören, vorgebeugt werde. Indem ich sie hier in einer Übersicht zusammenstelle, will ich für die Vollständigkeit dieser Aufzählung nicht einstehen.

1) Wenn bey einem, unter der lex commissoria ge-

schlossenen Kauf, der Zahlungstag nicht eingehalten ist, so hat der Verkäufer die Wahl, mit der actio venditi entweder das Kaufgeld einzuklagen, oder aus dem Nebenvertrag die Sache zurück zu fordern. Stellt er die eine dieser Klagen an, so kann er nicht mehr zu der anderen zurück kehren (h). — Hier ist es sogar die gleichnamige Klage, womit er beide Ansprüche verfolgt; aber diese Ansprüche haben nicht nur einen verschiedenen Inhalt, sondern sie stehen zu einander in einem widersprechenden, also ausschließenden, Verhältniß.

2) Ganz Dasselbe gilt von der Wahl zwischen der a. redhibitoria und quanti minoris (i).

3) Eben so, wenn Sklaven ihrem Herrn Geld stehlen, und einem Dritten (der darum weiß) Auftrag geben, Sachen dafür zu kaufen; der Herr hat die Wahl, entweder die Klagen aus dem Diebstahl gegen den Dritten anzustellen, oder den Kauf zu genehmigen, und mit der ihm durch seine Sklaven erworbenen a. mandati die gekauften Sachen zu fordern (k).

4) Bey einem Testament mit der Codicillarclausel hat der Eingesetzte die Wahl zwischen der hereditatis petitio und der Fideicommißklage (l); auch hier sind es zwey Rechte, die sich gegenseitig ausschließen.

5) Wer Geld zahlt, um sich von einem ungerechten

(h) *L.* 7 *de lege comm.* (18. 3.).
(i) *L.* 18 *pr. L.* 19 § 6 *de aedil. ed.* (21. 1), *L.* 25 § 1 *de exc. rei jud.* (44. 2.).
(k) *L.* 1 *C. de furtis* (6. 2.).
(l) *L. ult. C. de codicillis* (6. 36.).

Prozeß loszukaufen, hat die Wahl zwischen der Condiction auf das gegebene Geld, und der Strafklage auf den vierfachen Werth (m). Beide Objecte sind völlig verschieden und könnten sehr wohl neben einander bestehen.

6) Wenn der Commodatar die geliehene Sache stehlen läßt, so hat der Eigenthümer die Wahl zwischen der a. commodati und der furti actio gegen den Dieb (n); beide Objecte sind hier völlig verschieden.

7) Der Legatar hat die Wahl zwischen einer Klage in rem und in personam (o); die Rechte selbst sind zunächst ganz verschieden, obgleich der letzte Zweck und Erfolg derselbe ist.

8) Wird einem Reisenden eine Sache in einem Gasthause gestohlen, so hat Derselbe die Wahl zwischen der a. de receptis und der Klage gegen die Thäter, so daß durch die bloße Wahl sowohl die Condiction, als die furti actio ausgeschlossen ist (p). Dieses eigenthümliche Verhältniß gründet sich wohl darauf, daß die a. de receptis nur als eine sehr durchgreifende, über allgemeine Rechts-

(m) *L.* 5 § 1 *de calumn.* (3. 6.). Eine andere Anomalie bey derselben Strafklage ist schon oben bemerkt worden § 230. d.

(n) *L.* 20 *C. de furtis* (6. 2), § 10 *J. de obl. quae ex del.* (4. 1.).

(o) *L.* 76 § 8 *de leg.* 2 (31. un.), *L.* 84 § 13 *de leg.* 1 (30. un.).

(p) *L.* 3 § 5 *L.* 6 § 4 *nautae* (4. 9), *L.* 1 § 3 *furti adv. nautas* (47. 5.). Nach allgemeinen Grundsätzen müßte die Klage gegen den Wirth und die furti actio neben einander gelten (§ 234); ihr Verhältniß zu der Condiction gegen den Dieb müßte von dem Erfolg abhängen (§ 232.). — Nach den oben angeführten Stellen kann jedoch der Wirth, wenn er belangt wird, Cession der Klage gegen den Thäter verlangen.

grundsätze hinaus gehende, Maasregel zu betrachten ist (q).

§. 236.

Aufhebung des Klagrechts. II. Concurrenz. Gemeinsame Betrachtungen. (Fortsetzung.)

Es ist oben bestimmt worden, in welchen Fällen und bis zu welchen Gränzen eine Klage durch den Erfolg einer andern Klage ausgeschlossen werden soll (§ 232. 233), und es bleibt dabey noch übrig zu untersuchen, durch welche Rechtsformen jene Ausschließung bewirkt werde.

Hierin ist folgende Verschiedenheit der Fälle zu beachten. In der kleineren Zahl von Fällen, worin die Concurrenz mehrerer Klagen auf einer wahren Identität der Obligation beruht (§ 232), muß jede Erfüllung, sie mag freywillig, oder durch Klage erzwungen seyn, das Rechtsverhältniß selbst vernichten, und zwar in Beziehung auf alle in demselben stehende Personen; ohne Unterschied, ob sie selbst die Erfüllung bewirkt haben oder nicht, und ob der Erfüllende an sie dabey dachte oder nicht (a). Wenn also ein Bürge zahlt, so ist es genau so, als wenn der Hauptschuldner gezahlt hätte, und umgekehrt, weil nur eine einzige Schuld auf Beide gemeinschaftlich sich bezog.

(q) *L.* 1 § 1 *L.* 3 § 1 *nautae* (4. 9.).

(a) § 1 *J. de duobus reis* (3. 16), *L.* 3 § 1 *eod.* (45. 2.). — Es ist dasselbe Princip, nach welchem auch eine einfache Schuld und Klage ipso jure zerstört wird, ohne Unterschied ob der Schuldner selbst, oder für ihn ein Anderer, die Zahlung leistet. *L.* 23. 53 *de solut.* (46. 3.).

Hier ist also das Recht selbst vernichtet, welches beiden Klagen zum Grunde lag, woraus die Vernichtung der Klagen von selbst folgt (§ 230), so daß es keiner künstlichen Anstalt bedarf, um die zweyte Klage abzuwenden, wenn durch die erste bereits die Erfüllung erzwungen worden ist.

Anders verhält es sich in den zahlreicheren und mannichfaltigeren Fällen, worin zwey Klagen nicht auf einer identischen Obligation beruhen, aber doch der Zweck der einen durch den Erfolg der andern Klage ganz oder theilweise erreicht worden ist. Hierin liegt eine indirecte Befriedigung des Berechtigten für die noch nicht gebrauchte Klage (§ 230). Sollte diese nun dennoch angestellt werden, blos weil die geleistete Erfüllung nicht unmittelbar auf die dieser Klage zum Grund liegende Obligation bezogen war, so würde der Kläger zwar den Buchstaben des Rechts für sich haben, aber im Widerspruch mit der aequitas, und diesen Misbrauch zu verhüten dient dasselbe Rechtsmittel, das auch in allen anderen Fällen zu diesem Zweck benutzt wird: eine Exception, die bald doli, bald in factum genannt wird.

Dieses ist das Princip, welches folgende Stelle des Gajus allgemein ausspricht (b):

Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.

Mit Unrecht haben Dasselbe Manche als das allgemeine Princip aller Concurrenz angesehen. Wo die gelei-

(b) *L.* 57 *de R. J.* (50. 17.).

stete Erfüllung jede vorhandene Obligation an sich vernichtet hat, da bedarf es dieser Zuflucht zu der bloßen aequitas nicht; wo aber der Erfolg der schon gebrauchten Klage für die noch übrige nur eine indirecte Befriedigung darbietet, da ist das angeführte Princip für die richtige Behandlung der Klagenconcurrenz entscheidend (c).

In der Anwendung dieses Grundsatzes findet sich folgender, in der allgemeinen Natur der Klagen gegründeter Unterschied. Wenn die noch übrige Klage zu den strengen Klagen gehörte, so mußte die Exception in der Formel ausgedrückt seyn, damit sie der Juder berücksichtigen durfte; war es dagegen eine freye Klage (arbitrium), so war die Aufnahme der Exception zwar auch zulässig, auch stets sicherer, aber nicht nothwendig, indem der Arbiter auch die nicht ausgedrückte Exception beachten durfte und mußte (d). In den Fällen dieser letzten Art sagen zuweilen die alten Juristen, hier wie anderwärts, daß die Wirkung ipso jure eintrete, welcher Ausdruck freylich für solche Fälle nicht genau ist, und eigentlich nur sagen will, sie sey unabhängig von der Thätigkeit oder Unthätigkeit des Prätors, die bloße Überzeugung des Juder sey dazu völlig ausreichend.

Nach diesen Erörterungen werden folgende Anwendungen keine Schwierigkeit darbieten.

Bey der Concurrenz der a. venditi mit der Stipula-

(c) Diese Bemerkung ist gut ausgeführt von Göschen Vorlesungen I. §. 158. 159.

(d) Beylage XIII. Num. IV.

tionsklage ſoll jene, wenn ſie zuletzt angeſtellt wird, ipso jure ausgeſchloſſen ſeyn, dieſe in gleichem Fall nur per exceptionem (e).

Ganz derſelbe Unterſchied wird gemacht wenn die condictio furtiva mit der a. commodati concurrirt (f).

Über die Concurrenz der a. doli und quod metus causa wird geſagt, daß jede derſelben, wenn ſie nach der anderen gebraucht werde, durch eine facti exceptio auszuſchließen ſey (g). Hier wird alſo der Gebrauch der Exception anerkannt, obgleich beide Klagen arbitria ſind.

Wenn in den Fällen einer ſolchen Concurrenz die freye Klage zuerſt angeſtellt wurde, ſo entſtand die Gefahr, daß bey der künftigen Anſtellung der ſtrengen Klage die Exception vergeſſen, und dadurch das Princip der aequitas verletzt werden möchte. Deswegen wurde von den alten Juriſten der Arbiter angewieſen, gleich bey der freyen Klage nicht eher zu condemniren, als bis der Kläger auf die noch übrige ſtrenge Klage verzichtete (h). Es iſt nur ein anderer Ausdruck für dieſelbe Regel, wenn zuweilen geſagt wird, der Kläger ſolle caviren, daß nicht Daſſelbe

(e) *L.* 28 *de act. emti* (19. 1.).

(f) *L.* 71 *pr. de furtis* (47. 2), vgl. oben § 232. h. — *L.* 34 § 1 *de O. et A.* (44. 7.) „altera actio alteram perimit, aut ipso jure, aut per exceptionem, *quod est tutius.*" Das heißt: die Condiction iſt nur per exceptionem ausgeſchloſſen, die a. commodati ipso jure, nämlich auch ohne ausgedrückte doli exceptio; jedoch iſt es auch bey dieſer letzten ſicherer, die Exception in der Formel auszudrücken.

(g) *L.* 14 § 13 *quod metus* (4. 2.).

(h) *L.* 25 § 5 *L.* 43 *locati* (19. 2), *L.* 7 § 1 *commod.* (13. 6), *L.* 9 § 1 *de furtis* (47. 2.).

nochmals werde eingeklagt werden (i). Darunter ist blos eine Stipulation auf diese Unterlassung zu verstehen; an Bürgen oder Pfänder ist bey jenem Ausdruck nicht zu denken.

Die hier erwähnten formellen Unterschiede und Schwierigkeiten waren eigentlich schon zu Justinians Zeit weggefallen, da keine formulae mehr vorkamen. Allein auch schon in der früheren Zeit gab es ein einfaches Mittel, jenen Nachtheilen vorzubeugen, wenn nämlich alle Klagen zugleich angestellt wurden, da denn der Juder das Princip der Concurrenz gleich bey der ersten Anstellung der Klage anzuwenden genöthigt war (k). — In unsrem heutigen Prozeß findet sich diese Auskunft von selbst, wenn nur der Kläger die Unvorsichtigkeit vermeidet, seinen Antrag mehr als nöthig zu beschränken; denn nun muß der Richter aus allen etwa begründeten Klagen dasjenige Resultat bilden, welches aus dem oben vorgetragenen Princip der Concurrenz hervorgeht.

Die Einschränkungen, welche hier durch das Princip der Concurrenz für die Klagen aufgestellt worden sind, lassen sich auch denken in Anwendung auf die Excep-

(i) *L.* 36 § 2 *de her. pet.* (5. 3), *L.* 13 *de rei vind.* (6. 1.).

(k) Ganz so sollte es auch schon im alten Prozeß in dem sehr ähnlichen Fall gehalten werden, wenn der Kläger ungewiß war, ob von zweyen Klagen die eine oder die andere begründet seyn möchte. *L.* 1 § 4 *quod legat.* (43. 3.). Vgl. Donellus § 7.

tionen, und es fragt ſich, ob ſie hier auf dieſelbe Weiſe wie bey den Klagen behauptet werden können. Es ergiebt ſich aber hier ſogleich der große Unterſchied, daß die bey den Klagen eintretende Gefahr, die durch das Princip der Concurrenz abgewendet werden ſollte, bey den Exceptionen von ſelbſt verſchwindet. Dieſe Gefahr beſtand bey den Klagen in der mehrfachen Erreichung deſſelben Zwecks, der nur einfach eine rechtliche Begründung haben kann. Bey den Exceptionen iſt dieſe Gefahr deshalb nicht vorhanden, weil ſie ſtets nur einen und denſelben negativen Zweck haben, die Abweiſung der Klage, welcher Zweck ſeiner Natur nach nur einmal erreicht werden kann. Daher iſt es denn auch anerkannt, daß Exceptionen neben anderen Exceptionen, ſo wie neben der abſoluten Verneinung, allerdings zuläſſig ſind (l). Die Zweifel, die bey manchen Fällen ſolcher gehäuften Vertheidigungsmittel entſtehen, haben einen ganz anderen Grund, nämlich die widerſprechende Natur des Inhalts mancher dieſer Mittel. Die Erörterung dieſer Frage aber gehört lediglich in die Prozeßlehre, nicht in die Theorie des materiellen Rechts.

(l) *L.* 43 *pr. de R. J.* (50. 17), vgl. oben § 232. a. b. c. *L.* 5. 8. 9 *de except.* (44. 1.).

§. 237.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Einleitung.

Quellen:

Inst. IV. 12.

Dig. XLIV. 3.

Cod. Iust. VII. 36—40.

Novellae Iust. IX. CXI. CXXXI. C. 6.

Gajus IV. § 110. 111.

Cod. Theod. IV. 14.

Schriftsteller:

Giphanii explanatio Codicis, ad L. 3 C. de praescr. XXX. P. 2. p. 245—258.

Jac. Ravii princ. doctrinae de praescriptionibus ed. 3. Halae 1790 (a), § 126—152. § 165.

Thibaut Besitz und Verjährung Jena 1802 § 38—56.

Unterholzner Verjährungslehre B. 1. 2. Leipzig 1828.

Göschen Vorlesungen B. 1 § 148—155.

Kierulff Theorie B. 1 S. 189—215.

Wenn ein Klagrecht dadurch untergeht, daß der Klagberechtigte dasselbe innerhalb eines gewissen Zeitraums auszuüben unterläßt, so heißt diese Aufhebung des Rechts

(a) Die erste Ausgabe ist von 1766. Das Buch ist merkwürdig, theils als ein Zeichen der in seiner Zeit herrschenden höchst geschmacklosen und unkritischen Methode, theils wegen des nicht geringen Einflusses, welchen es lange Zeit ausgeübt hat.

Klagverjährung. Der Römische Ausdruck: temporis oder temporalis praescriptio bezeichnet unmittelbar nicht diese Veränderung, oder den für den Berechtigten eintretenden Verlust, sondern das dem Beklagten erworbene Recht, jeden ferneren Versuch der Ausübung dieser Klage durch Exception auszuschließen. Der Begriff ist hier absichtlich auf hypothetische Weise aufgestellt worden, und mit dieser Auffassung wäre es gleich vereinbar, daß ihm gar keine, oder eine seltene, eine häufige, vielleicht selbst eine allgemeine Anwendung auf Klagrechte zugeschrieben würde. Welche Anwendung ihm in der That zukommt, wird durch die nachfolgende geschichtliche Untersuchung festgestellt werden.

Die Klagverjährung steht mit vielen anderen Rechtsinstituten dadurch in Verwandtschaft, daß in ihnen allen das Zeitelement als Bedingung einer Rechtsänderung vorkommt. Es ist aber dieser Verwandtschaft zu großem Verderben der Theorie, wie der Praxis, eine ungebührliche Ausdehnung gegeben worden, indem man alle durch Zeit bedingte Änderungen der Rechtsverhältnisse unter einen gemeinsamen Gattungsbegriff zu bringen versucht hat. Man bezeichnete diesen unkritischerweise angenommenen Rechtsbegriff durch die Ausdrücke: Verjährung oder Praescriptio, welche man dann weiter in acquisitiva und exstinctiva eintheilte. Nicht nur diese Kunstausdrücke, sondern auch die durch sie bezeichneten Rechtsbegriffe, sind völlig verwerflich. Die gefährlichste Gestalt dieser irrig

angenommenen Begriffe aber besteht darin, wenn man ihnen nicht blos eine hypothetische Bedeutung beylegt, bey welcher die wirkliche Anwendung einstweilen dahin gestellt bleiben kann, sondern sie selbst unvermerkt in den grundfalschen Rechtssatz umwandelt, daß alle Rechte überhaupt durch fortwährend versäumte Ausübung untergehen sollen (b). Die Vertheidiger dieser irrigen Lehre pflegen dann wohl einzelne, seltene Fälle als Ausnahmen ihrer grundlosen Regel zu behandeln, zu deren Bezeichnung der ganz entbehrliche Kunstausdruck res merae facultatis erfunden worden ist (c).

Die Klagverjährung ist ein ganz positives Rechtsinstitut, so wie jede Umbildung der Rechtsverhältnisse, zu deren Bedingungen ein Zahlenverhältniß (hier der Ablauf eines bestimmten Zeitraums) gehört. Die Gründe ihrer Einführung, die auf verschiedene Weise angegeben werden, spielen meist in einander über, und sind großentheils der Ersitzung mit der Klagverjährung gemein (d).

Der allgemeinste und entscheidendste Grund, gleich anwendbar auf die Klagverjährung, wie auf die Ersitzung, liegt in dem Bedürfniß, die an sich ungewissen, des Streites und Zweifels empfänglichen, Verhältnisse des Rechts

(b) Vgl. über diese in mannichfaltiger Weise ausgebildeten Irrthümer oben B. 4 § 178.

(c) B. 4 § 199. S. 515.

(d) Von diesen Gründen der Einführung ist schon oben im Allgemeinen die Rede gewesen, B. 4 § 177. S. 305—307. Es mußte aber an dieser Stelle genauer darauf eingegangen werden.

und des Vermögens dadurch feſtzuſtellen, daß die Ungewißheit in beſtimmte Zeitgränzen eingeſchloſſen wird (e).

Ein zweyter Grund der Einführung liegt in der Präſumtion der Tilgung desjenigen Rechts, welches durch die Klage verfolgt werden ſoll; jedoch kann dieſer an ſich wahre und wichtige Grund leicht misverſtanden werden. Der Sinn dieſer Präſumtion beſteht in der Unwahrſcheinlichkeit, daß der Berechtigte ſeine Klage ſo lange verſäumt haben würde, wenn nicht das Recht ſelbſt auf irgend eine, jetzt nur nicht erweisliche, Art wirklich aufgehoben worden wäre (f). Dieſe Unwahrſcheinlichkeit iſt nun eigentlich nur für die mit langen Zeiträumen verſehenen Verjährungen zu behaupten; ſie iſt recht paſſend eigentlich nur bey perſönlichen Klagen, und zwar vorzugsweiſe bey Klagen

(e) Dieſer Grund hat zufällig nicht bey der Klagverjährung, wohl aber bey der Erſitzung, häufige Anerkennung gefunden. Cicero pro Caecina C. 26 „usucapio fundi, h. e. finis solicitudinis ac periculi litium." Gajus II. § 44 „ne rerum dominia diutius in incerto essent." Eben ſo derſelbe Gajus in *L.* 1 *de usurp.* (41. 3.), und Neratius in *L.* 5 *pr. pro suo* (41. 10.).

(f) Die Art dieſer Aufhebung bleibt alſo völlig dahin geſtellt, ſie kann in Zahlung, Compenſation, Novation u. ſ. w. beſtanden haben, oder auch in einem Erlaßvertrag. Dieſe letzte Möglichkeit kann als die ſehr beſchränkte, relative Wahrheit in derjenigen Anſicht eingeräumt werden, nach welcher die Dereliction Grund der Verjährung ſeyn ſoll. Vgl. oben B. 4 S. 307. — Eben wegen dieſer ſehr häufigen Unbeſtimmtheit in den einzelnen Anwendungen der Klagverjährung, und weil über die Fortdauer des Rechtsverhältniſſes der Beklagte ſelbſt völlig in Ungewißheit ſeyn kann (beſonders wenn er der Erbe des urſprünglichen Schuldners iſt), iſt es auch gar nicht inconſequent, die Einrede der Verjährung neben irgend einer andern Art der Vertheidigung, ſelbſt neben der abſoluten Verneinung, geltend zu machen.

auf Geldschulden, weil hier die regelmäßige Tilgung in einer spurlos vorübergehenden Handlung besteht, deren Beweis oft durch den Verlust der Quittung unmöglich wird. Schon aus dieser eingeschränkten Wahrheit der erwähnten Präsumtion ist es einleuchtend, daß sie nicht wie andere, gewöhnliche Präsumtionen behandelt werden darf, so daß etwa der Kläger einen Gegenbeweis, z. B. durch Eidesdelation, unternehmen dürfte. Das Wesentliche und Wohlthätige der Klagverjährung besteht vielmehr gerade darin, daß es fast immer ungewiß bleiben wird, ob die Schuld bereits getilgt ist, also blos der fehlende Beweis ergänzt wird, oder ob gegenwärtig die Klagverjährung eine selbstständige Veränderung bewirkt. — Eine ähnliche Präsumtion kann auch bey der Ersitzung behauptet werden, indem es unwahrscheinlich ist, daß ein anderer Eigenthümer, wenn ein solcher vorhanden wäre, seine Vindication lange Zeit versäumt haben würde. Auch hier wird es oft ungewiß bleiben, ob die Ersitzung Eigenthum aus einer Hand in die andere gebracht, oder nur den fehlenden Beweis des schon vorhandenen Eigenthums ersetzt hat. Diese Ansicht findet vorzugsweise Anwendung bey der dreyßigjährigen Ersitzung in Ermanglung des Titels, da nämlich der Titel oft wirklich vorhanden ist, und nur zufällig nicht bewiesen werden kann.

Drittens wird die Strafe der Nachlässigkeit als Grund der Klagverjährung angegeben, und auch in unsren Rechts-

quellen wird darauf deutlich hingewieſen (g). Dennoch darf dieſer Ausdruck nicht in dem gewöhnlichen Sinn einer Strafe verſtanden werden, da die Nachläſſigkeit, welche nicht anderen Perſonen ſchadet, überhaupt nicht ſtrafbar iſt, und da beſonders die Klage oft aus ſchonender Nachſicht gegen den Schuldner verſchoben wird, worin doch gewiß Niemand eine Verletzung Deſſelben finden kann. Jener Ausdruck iſt aber überhaupt nicht als poſitiver Grund der Klagverjährung anzuſehen, ſondern als Rechtfertigung derſelben gegen den Vorwurf der Härte und Ungerechtigkeit. Der im gemeinen Wohl liegende poſitive Grund iſt bereits angegeben worden; daß man Dieſen geltend machen darf, ohne dem Recht des Klägers zu nahe zu treten, folgt aus der hinreichenden Zeit, die Demſelben zur Ausübung ſeines Klagrechts geſtattet iſt. Es wird alſo jedem Klagberechtigten zugemuthet, dem gemeinen Wohl nicht ſein Recht zum Opfer zu bringen, ſondern nur ſeine Unthätigkeit. Unterläßt er Dieſes, ſo hat er den eintretenden Verluſt ſich ſelbſt zuzuſchreiben, welcher Hergang nun eben als Strafe ausgedrückt wird. Dieſer Zuſammenhang der Gedanken wird in unſren Rechtsquellen ſehr beſtimmt anerkannt bey der Erſitzung, deren Rechtfertigung völlig auf dem gleichen Grunde beruht, alſo auch

(g) *L.* 2 *C. de ann. exc.* (7. 40.). „Ut ... sit aliqua inter desides et vigilantes differentia" .. *L.* 3 *C. eod.* „cum contra desides homines, et sui juris contemtores, odiosae exceptiones oppositae sunt." *L. un.* § 5 *C. Th. de act. certo temp.* (4.14.). „Verum ne qua otioso nimis ac desidi querimonia relinquatur" ...

hier benutzt werden kann (h). — Obgleich nun also in dieser sogenannten poena negligentiae nicht sowohl der positive Grund der Klagverjährung zu suchen ist, als die Abwehr eines möglichen Vorwurfs, so ist sie dennoch von dem größten Einfluß auf die einzelnen Bestimmungen dieses Rechtsinstituts, indem es sich zeigen wird, daß überall vorzügliche Rücksicht zu nehmen ist auf die für den Berechtigten vorhandene Möglichkeit, den Nachtheil der Verjährung durch Aufmerksamkeit zu vermeiden. Es ist übrigens einleuchtend, daß dieser Rechtfertigungsgrund vorzüglich bey den langen Verjährungszeiten (z. B. von 30 Jahren) durchgreifende Wahrheit hat; bey den prätorischen Annalklagen, so wie bey der einjährigen Usucapion des ältern Rechts, erscheint er weniger überzeugend.

Ein wichtiger Grund der Klagverjährung, der bey der Ersitzung nicht eben so vorkommt, liegt endlich darin, daß die Anstellung der Klage in der Willkühr des Klägers liegt, daß er es also in seiner Macht hat, durch lange Verzögerung derselben, die Vertheidigung des Beklagten zu erschweren, indem die Beweismittel ohne des Beklagten Schuld untergehen können, z. B. durch den Tod der

(h) *L.* 1 *de usurp.* (41. 3.) „cum *sufficeret dominis* ad inquirendas res suas statuti temporis spatium." Eben so Gajus II. § 44. — Dieses Motiv steht in wesentlichem Zusammenhang mit dem vorhergehenden. Denn die Präsumtion der Tilgung ist nicht so zu denken, als ob die lange Zeit an sich selbst die Tilgung wahrscheinlich machte, sondern so daß die große Nachlässigkeit des Berechtigten, in so langer Zeit die Verfolgung des Rechts zu unterlassen, wenn es stets fortgedauert hätte, nicht vermuthet werden kann.

vorhandenen Zeugen. Die Beschränkung dieser einseitigen Macht des Klägers, die auf unredliche Weise misbraucht werden kann, ist vorzüglich zu beachten.

Endlich giebt man auch noch als Zweck der Klagverjährung an die Verminderung der Prozesse (i). So materiell nun, als ob die bloße Herabsetzung der Anzahl ein wünschenswerthes Gut wäre, darf dieser Grund gewiß nicht aufgefaßt werden, da die Abwendung gerechter Prozesse gar nicht wünschenswerth ist. Das Wahre aber in jenem Grunde liegt darin, daß allerdings durch die Verjährung viele Klagen abgehalten werden, die entweder ohnehin, aber mit mehr Mühe und Kosten, als unbegründet anerkannt werden müßten, oder sogar, welches das größere Übel ist, zu einer ungerechten Verurtheilung wegen fehlender Beweise führen würden.

Die Klagverjährung gehört unter die wichtigsten und wohlthätigsten Rechtsinstitute (k). In ihr haben sich die Bestimmungen des Römischen Rechts, vorzugsweise vor vielen anderen Instituten, in vollständiger Übung erhalten, und zwar nicht blos in den Ländern des gemeinen Rechts, sondern auch da wo neue Gesetzbücher eingeführt sind.

(i) Eine Erwähnung davon, nicht bey der Klagverjährung, aber doch bey einem verwandten Institut, findet sich in *L.* 2 *pr. de aqua pluv.* (39. 3.) „.. vetustas quae semper pro lege habetur, *minuendarum scilicet litium causa.*"

(k) Cassiodori Var. V. 37 „Tricennalis autem *humano generi patrona* praescriptio" ... Sieht man von dem schülstigen Ausdruck ab, der freylich bey diesem Schriftsteller nie fehlen kann, so liegt darin eine wahre Anerkennung der praktischen Wichtigkeit dieser Anstalt.

Denn in diesen besteht das Neue und Eigenthümliche meist nur in der Bestimmung abweichender Verjährungsfristen für viele Klagen, und Dieses ist für die Theorie gerade der minder erhebliche Gegenstand.

§. 238.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Geschichte.

Dem Begriff der Klagverjährung, welcher bisher nur auf hypothetische Weise aufgestellt wurde (§ 237), ist nunmehr eine geschichtliche Grundlage zu geben.

Lange Zeit war dieses Institut dem Römischen Recht ganz fremd. Erst als die Prätoren in dem Edict häufig ganz neue Klagen einführten, knüpften sie viele derselben an die Bedingung, daß sie innerhalb eines Jahres angestellt werden müßten (intra annum judicium dabo); darin lagen also einzelne Ausnahmen von der alten Regel der ewigen Dauer aller Klagrechte. Solche Ausnahmen wurden dann auch bey einzelnen Civilklagen angenommen.

Eine etwas allgemeinere Gestalt erhielt dieses Rechtsinstitut zuerst in der longi temporis praescriptio. Gegen die Klagen aus dem Eigenthum oder einem jus in re (speciales in rem actiones) sollte eine Verjährung von zehen (zuweilen zwanzig) Jahren gelten, wenn der Besitzer die Hauptbedingungen der Usucapion (besonders Titel und bona fides) nachweisen konnte, ohne doch usucapirt zu haben; denn durch die Usucapion wurde ihm freylich jede Exception entbehrlich. — Eine Erweiterung erhielt diese

longi temporis praescriptio unter Conſtantin, indem der Mangel des Titels und der bona fides durch eine längere Zeit des Beſitzes erſetzt werden ſollte; wie es ſcheint, war die Beſtimmung der Zeit ſchwankend zwiſchen 30 und 40 Jahren. Eine Ausdehnung auf andere Arten von Klagen lag jedoch hierin nicht, ſo daß namentlich die perſönlichen Klagen in der Regel noch immer unverjährbar blieben (a).

Das erſte Verjährungsgeſetz von durchgreifender Allgemeinheit wurde von Theodoſius II. im Jahre 424 erlaſſen, welches in beide Conſtitutionenſammlungen (mit einiger Verſchiedenheit) übergegangen iſt (b). Der Inhalt dieſes wichtigen Geſetzes, welches die Grundlage des ganzen Verjährungsrechts bildet, iſt hier genauer anzugeben. Es beſtätigt alle ſchon bisher geltende Klagverjährungen, verordnet aber da wo es bisher an ſolchen fehlte, eine dreyßigjährige Verjährung, nicht nur (wie ſchon bisher) für die speciales in rem actiones, ſondern auch für die hereditatis petitio (de universitate), und zugleich, was das Wichtigſte war, für die perſönlichen Klagen. — Ausdrück-

(a) Unterholzner I. § 17.

(b) *L. un. C. Th. de act. certo temp. fin.* (4. 14.), *L.* 3 *C. J. de praescr.* XXX. (7. 39.). Im Juſtinianiſchen Codex heißt die Inſcription: Honorius et Theodosius, welches unmöglich iſt, da Honorius ſchon 423 ſtarb. Im Theodoſiſchen Codex heißt es blos: Theodosius, welches völlig befriedigend ſeyn würde; allein ein anderes Stück deſſelben Geſetzes (L. 7 C. Th. de cognitor. 2. 12.) iſt überſchrieben: Theod. et Valent., welches auch zuläſſig iſt, da Valentinian III. im J. 424 bereits zum Mitregenten beſtimmt war. In jedem Fall iſt Theodoſius II. der einzige Urheber des Geſetzes. Vgl. Unterholzner I. § 18. Wenck ad L. un. C. Th. cit. Zirardinus, Leges novellae Theodosii rel. p. 278.

lich ausgenommen wurde die actio finium regundorum. Diese Ausnahme ist im Justinianischen Codex weggelassen, weil Justinian sie in einer seiner Constitutionen aufgehoben hatte (c). — Auch die Hypothekarklage gegen den Schuldner selbst wurde indirect ausgenommen, und diese Ausnahme ist im Justinianischen Codex beybehalten (d), weil dieser Gegenstand später auf eigenthümliche Weise bestimmt wurde. — Alle jetzt schon vorhandenen Klagen sollten gleichfalls der Vorschrift der 30 Jahre unterworfen seyn, jedoch mit der Milderung, daß ihre Verjährungszeit wenigstens Zehen Jahre, von der Verkündigung des Gesetzes an gerechnet, betragen sollte. Diese blos transitorische Bestimmung wurde im Justinianischen Codex natürlich weggelassen. — Am zweifelhaftesten ist das Verhältniß der den persönlichen Zustand betreffenden Präjudicialklagen. Bey der Aufzählung derjenigen Klassen von Klagen, wofür die neue Verjährung gelten soll, sind sie nicht mit genannt (e), dagegen lautet der Schluß des Gesetzes so allgemein, daß er auch auf sie zu beziehen ist (f).

(c) *L.* 1 § 1 *C. de ann. exc.* (7, 40.), vgl. unten Note i.

(d) *L.* 3 *C. cit.* „Eodem etiam jure in ejus persona valente, qui pignus vel hypothecam *non a suo debitore, sed ab alio,* ...possidente nititur vindicare." Hier ist das sogenannte argumentum a contrario ganz unwiderlegbar. — Wahrscheinlich lag bey dieser Ausnahme die Ansicht zum Grunde, daß gar keine Verjährung anfangen könne, weil der Schuldner die verpfändete Sache mit dem Willen des Glaubigers besitze.

(e) *L.* 3 *C. cit.* „Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales actiones ..." Keine dieser Bezeichnungen paßt auf die Präjudicialklagen.

(f) *L.* 3 *C. cit.* „si qua res vel jus aliquod postuletur, vel persona *qualicunque actione vel persecutione pulsetur.*" Un-

Dieses Gesetz wurde durch die Aufnahme in den Theodosischen Codex auch im Occident eingeführt; Valentinian III. schärfte die Befolgung desselben durch besondere Verordnungen ein, worin er namentlich gegen einschränkende Auslegungen warnte (g).

Hieran schließt sich ein Gesetz des K. Anastasius vom J. 491, welches für alle Klagen, die bisher noch keine Verjährung hatten, als letztes Supplement eine vierzigjährige vorschreibt (h). Die eigentliche Absicht dieses in den Justinianischen Codex aufgenommenen Gesetzes ist nicht ganz klar. Am Natürlichsten scheint es bezogen werden zu müssen auf die von Theodosius besonders ausgenommenen Klagen, die also nun nicht mehr unverjährbar, sondern nur einer etwas längeren Verjährung unterworfen seyn sollten; allein selbst diese Beziehung ist nicht ohne Schwierigkeit. Die sicherste Anwendung ist wohl die auf die actio finium regundorum, die in dem Gesetz von Theodosius ausgenommen worden war, jetzt also in 40 Jahren verjähren sollte; vielleicht war sie auch ausdrücklich von K. Anastasius genannt, dessen Gesetz wir ja nicht mehr in seiner ursprünglichen Gestalt besitzen. Justinian hat nachher für diese Klage die dreyßigjährige Verjährung

terholzner I. § 18 will diese Worte auf Klagen über das Vermögen einschränken, wozu jedoch in ihnen kein Grund wahrzunehmen ist.

(g) Nov. Valent. Tit. 8. 12 (J. 449 und 452). Unterholzner I. S. 446 Note 433 scheint dieses Gesetz ganz missverstanden zu haben.

(h) *L.* 4 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.). Vgl. über dieses Gesetz Unterholzner I. § 19.

vorgeschrieben (i). — Die Hypothekarklage gegen den Schuldner gehört dagegen nicht zu den aufgehobenen Ausnahmen, denn K. Justinus, der für sie die Verjährung von 40 Jahren vorschrieb, sagte dabey ausdrücklich, sie sey bis zu seiner Zeit ohne alle Verjährung gewesen (k). — Daneben aber erwähnt nun der Kaiser, daß bisher das Gesetz von Theodosius durch willkührliche Auslegungen eingeschränkt worden sey. Er scheint Dieses durch die von ihm gebrauchten Ausdrücke zu misbilligen (l), und man könnte auch auf diese Fälle das neue Supplement der 40 Jahre beziehen. Indessen ist doch auch nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber den Interpretationen, die er selbst als irrig ansieht, durch eine verlängerte Verjährungsfrist ein Zugeständniß machen sollte. — Wenn in der That die Präjudicialklagen in dem Gesetz von Theodosius nicht enthalten seyn sollten (wovon schon oben die Rede war), oder wenn sie etwa durch spätere Auslegungen davon ausgeschlossen worden wären, so könnte die Vorschrift von Anastasius auf sie bezogen werden, worauf in der That einige Ausdrücke hinzudeuten scheinen (m). Ja Dieses

(i) *L.* 6 *C. fin. reg.* (3. 39.). Daß diese Bestimmung nicht von Theodosius I. herrührt, dessen Namen sie führt, sondern von Justinian selbst, zeigt die Vergleichung mit L. 5 C. Th. fin. reg. (2. 26.). — Vgl. oben Note c.

(k) *L.* 7 *pr. C. de praescr. XXX.* (7. 39.).

(l) *L.* 4 *C. cit.* „ .. si qua sit actio, quae cum non esset expressim supradictis temporalibus praescriptionibus concepta, quorumdam tamen *vel fortuita vel excogitata interpretatione* saepe dictarum exceptionum laqueos evadere posse videatur ... "

(m) *L.* 4 *C. cit.* „.. quicunque super quolibet jure .., *su-*

würde in der That die einzige im Justinianischen Recht anwendbare Bestimmung des Gesetzes von Anastasius seyn, welches überhaupt wohl besser in unsren Codex gar nicht aufgenommen worden wäre, da es doch nur Zweifel zu erregen geeignet ist.

So allgemein und durchgreifend nun die Worte der Verordnung von Anastasius lauten, so hat doch er selbst dafür gesorgt, ihre Allgemeinheit wieder wankend zu machen, indem er in späteren Constitutionen für zweyerley Klagen erklärt hat, sie würden mit Unrecht unter jene Verordnung bezogen, und sie sollten überhaupt gar keiner Verjährung unterworfen seyn. Dieses verordnete er erstlich für die Klage einer Stadt gegen solche Personen, die sich ihrer Verpflichtung als Mitglieder der Curie entziehen wollten (n); zweytens für alle Klagen des Fiscus auf öffentliche Abgaben (o).

Zuletzt hat noch Justinian in einer eigenen Constitution die allgemeine Beobachtung der dreyßigjährigen Klagverjährung eingeschärft, und dabey als einzigen Fall für 40 Jahre die Hypothekarklage erwähnt (p), für welche ja sein Vorgänger ein ausführliches Gesetz erlassen hatte. Hierin liegt eine Bestätigung des eben ausgesprochenen Tadels gegen die Aufnahme des Gesetzes von Anastasius, da für

perque sua conditione, qua per idem tempus absque ulla judiciali sententia simili munitione potitus est, sit liber, et .... securus."

(n) *L.* 5 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.).

(o) *L.* 6 *C de praescr. XXX.* (7. 39.).

(p) *L.* 1 § 1 *C. de ann. except.* (7. 40.) vom J. 530.

die Anwendung desselben neben der zuletzt angeführten Verordnung von Justinian durchaus kein Raum übrig bleibt. In dieser Verordnung erwähnt Justinian namentlich folgende Klagen, wofür die Anwendung der 30 Jahre mit Unrecht bezweifelt worden sey:

1) Familiae herciscundi, communi dividundo, finium regundorum. Für die zwey ersten gründete sich der Zweifel wahrscheinlich auf die Verwechslung des allerdings unverjährbaren Anspruchs auf Theilung mit dem Anspruch auf bestimmte Geldzahlung (§ 252). Für die dritte hatte erst Justinian selbst die Verjährung eingeführt (Note i).

2) Pro socio. Auch hier mag wohl die Verwechslung der unverjährbaren Aufkündigung mit der Klage auf Geldzahlung den Zweifel veranlaßt haben.

3) Furti und vi bonorum raptorum. Der Irrthum gründete sich hier darauf, daß Manche fälschlich glaubten, der Dieb oder Räuber begehe durch den fortgesetzten Besitz der Sache immer wieder einen neuen Diebstahl, für welchen also auch die Verjährung der furti actio stets von Neuem anfangen müsse (q).

Aus dieser historischen Zusammenstellung ergiebt es sich, daß ursprünglich alle Klagen unverjährbar, dann ausnahmsweise einzelne verjährbar waren, endlich aber alle verjährbar geworden sind. Damit hängt denn auch der veränderte Sprachgebrauch zusammen, indem der Ausdruck

(q) *L.* 1 § 1 cit. „ex quo .. semel nata est, *et non iteratis fabulis saepe recreata, quemadmodum in furti actione dicebatur.*" Vgl. *L.* 9 *pr. L.* 67 § 2 *de furtis* (47. 2.).

perpetua actio, dem eigentlichen Wortsinn gemäß, eine unverjährbare Klage bezeichnete, jetzt aber, da es solche nicht mehr giebt, zur Bezeichnung einer dreyßigjährigen Klage, im Gegensatz der kürzer dauernden, geworden ist (r).

Die nun folgende Lehre von der im Justinianischen Recht geltenden Klagverjährung wird folgende Stücke zu untersuchen haben: die Bedingungen der Verjährung, ihre Wirkung, die Ausnahmen derselben, und ihre Anwendung auf Exceptionen.

Die Bedingungen aber lassen sich auf folgende Vier Punkte zurückführen:

a) Actio nata.

b) Ununterbrochene Versäumniß.

c) Bona fides.

d) Ablauf der Zeit.

§. 239.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. a. Actio nata.

Unterholzner I. § 88. II. § 183. 260. 264—266. Thon in Linde's Zeitschrift B. 8 S. 1—57. 1835 (a).

Die erste Bedingung möglicher Klagverjährung fällt zusammen mit der Bestimmung des Anfangspunktes der-

(r) *pr. J. de perpetuis* (4. 12.)

(a) Es wird sich zeigen, daß ich in den Hauptresultaten mit dieser Schrift nicht einverstanden bin; indessen hat sie durch klare und gründliche Behandlung des Gegenstandes die Untersuchung nicht wenig gefördert.

ſelben. So lange kein Klagrecht vorhanden iſt, kann daſſelbe nicht verſäumt, alſo auch nicht durch Verſäumniß verloren werden. Es muß daher Actio nata ſeyn, wenn eine Verjährung anfangen ſoll (b).

Jedes Klagrecht aber hat zwey Bedingungen (§ 205): Erſtlich, ein wirkliches, gegenwärtiges, verfolgbares Recht, und wo es an dieſem fehlt, iſt noch keine Verjährung möglich. Darum kann ſie bey einer bedingten, oder auf einen Zeitpunkt ausgeſetzten Obligation erſt anfangen, wenn die Bedingung erfüllt, oder der Zeitpunkt eingetreten iſt (c). — Zweytens eine Rechtsverletzung, eine Störung, welche den Berechtigten zur Klage veranlaßt. Es kommt Alles darauf an, dieſe, die Klage bedingende, Rechtsverletzung richtig aufzufaſſen; die meiſten Streitigkeiten in dieſer Lehre entſtehen aus Misverſtändniſſen über die Natur derſelben, und wenn es gelingt, hierüber eine Verſtändigung herbey zu führen, ſo möchten wohl jene Streitigkeiten über den Anfangspunkt der Verjährung verſchwinden.

Wird nun hier der Anfang der Verjährung in das

(b) *L.* 1 § 1 *C. de ann. exc.* (7. 40.) „.. sed ex quo ab initio competit, *et semel nata est* ..". *L.* 3 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.) „actiones XXX. annorum jugi silentio, *ex quo jure competere coeperunt*, vivendi ulterius non habeant facultatem." *L.* 30 *C. de j. dot.* (5. 12.) „ea mulieribus ex eo tempore opponatur, *ex quo possunt actiones movere.*" In dieſer letzten Stelle iſt von Uſucapion und Klagverjährung zugleich die Rede.

(c) *L.* 7 § 4 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.) „... in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua conditione vel sub die ... pactâ ponuntur, post conditionis exitum, vel .. diei .. lapsum, praescriptiones XXX vel XL annorum ... initium accipiunt."

Daseyn der Rechtsverletzung gesetzt, zu deren Bekämpfung die Klage bestimmt ist, so hat dieser Anfangspunkt eine völlig objective Natur, und das Verhältniß einer solchen verletzenden Thatsache zu dem Bewußtseyn des Klagberechtigten kommt nicht in Betracht. Ob also dieser von der Klage weiß, die ihm zusteht, oder nicht, ist ganz gleichgültig, selbst bey den kurzen, mit einem utile tempus versehenen, Verjährungen; und es sind bey diesen letzten nur seltene Ausnahmen, worin das Bewußtseyn berücksichtigt wird (d).

Schon von den Glossatoren an ist eine Erweiterung dieser Regel versucht worden, welche noch in der neuesten Zeit ihre Vertheidiger gefunden hat. Es soll nämlich die Verjährung schon vor der Entstehung des Klagrechts anfangen, vorausgesetzt daß es in der Willkühr des Berechtigten stand, diese Entstehung herbey zu führen (e). Man drückt diese Regel also aus: toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris. Durch welches Interesse die Aufstellung dieser Regel veranlaßt worden ist, kann erst weiter unten klar gemacht werden; ihre Unrichtigkeit aber läßt sich schon hier zeigen (f). Bey allen bedingten Obligationen ohne Ausnahme soll die Verjährung der Klage erst anfangen, wenn die Bedingung erfüllt ist (Note c); und

(d) S. oben B. 3 Beylage VIII. Num. XXV. XXVI. und B. 4 § 190.

(e) Unterholzner II. S. 319, Kind quaest. forenses Vol. 3 C. 35.

(f) Thon S. 2—6 hat diese Regel gründlich geprüft und widerlegt.

doch giebt es ächte Bedingungen, deren Erfüllung ganz in der Willkühr des Berechtigten steht (g), und bey welchen also, nach jener Regel, die Verjährung schon früher anfangen müßte. Eben so soll die Verjährung der Dotalklage allgemein anfangen mit der Auflösung der Ehe (h), und doch kann diese Auflösung weit früher in der Willkühr der Frau stehen, wenn nämlich der Mann durch seine Handlungen eine Scheidungsursache herbeyführte (i). Noch einleuchtender ist Dieses für die Zeit des ältern Rechts, worin die Frau auch ohne Ursache die Scheidung aussprechen konnte; hätte nun damals schon eine Verjährung der Dotalklage bestanden, so würde dieselbe nach jener Regel vom Anfang der Ehe an zu berechnen gewesen seyn, welches doch gewiß Jeder für ganz widersinnig erkennen wird.

Das Wichtigste und Schwierigste aber ist die Anwendung der von mir aufgestellten Regel auf einzelne Rechtsverhältnisse, und erst dabei wird es möglich seyn, die Streitfragen klar zu machen, die in dieser Lehre vorkommen.

Vor Allem müssen unterschieden werden die Klagen in rem von den persönlichen Klagen.

Bey den Klagen in rem ist über den Anfang der Verjährung weniger Streit als bey den persönlichen. Die Verjährung der Vindication und der mit ihr gleichartigen Klagen (k) fängt an mit dem Besitz, welchen ein Anderer

(g) S. o. B. 3 § 117.

(h) *L.* 7 § 4 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.), *L.* 30 *C. de j. dot.* (5. 12.), vgl. Note b

(i) Thon S. 14—16 S. 56.

(k) Dahin gehört die publiciana, die a. vectigalis, die des Superficiars und die Hypothekar-

ohne den Willen des Berechtigten erworben hat. Wenn also der Eigenthümer einer beweglichen Sache dieselbe an einem entlegenen Orte verliert, und sie da viele Jahre unbemerkt liegen bleibt, so kann von einer Klagverjährung nicht die Rede seyn. Erst wenn ein Anderer die Sache findet und in Besitz nimmt, ist eine Verletzung des Eigenthums vorhanden, mit ihr auch ein Klagrecht, und die Möglichkeit dessen Ausübung zu versäumen. Daß die Sache dem Besitzer abgefordert, und von diesem verweigert werde, ist zum Anfang der Verjährung eben so wenig nöthig, als daß der Eigenthümer die Besitzergreifung wisse. —

Nicht nöthig zur Begründung dieser Klagverjährung ist der Eigenthumsbesitz des Gegners, so daß gegen den Miether, Commodatar, oder Pfandglaubiger die Verjährung der Vindication nicht anfangen könnte (l); denn da auch gegen diese Personen die Vindication angestellt werden kann (m), so ist kein Grund vorhanden, ihnen die Verjährung derselben zu entziehen. Das Wahre aber in jener irrigen Behauptung besteht darin, daß allerdings eine Klagverjährung nicht anfangen kann, so lange der Mie-

klage, da diese alle nur gegen den Besitzer angestellt werden. Die confessoria und negatoria werden bedingt durch irgend eine Verletzung, so daß der Anfang der Verjährung eine weniger bestimmte Natur hat als bey jenen Klagen; bey ihnen aber wird überhaupt die Klagverjährung seltner zur Sprache kommen, weil sie meist durch die Ersitzung der Servitut, oder durch den Untergang wegen Nichtgebrauch absorbirt seyn wird.

(l) Diese Meynung hat Unterholzner II. § 183 264. Er verwechselt die Klagverjährung mit der Usucapion, bey welcher dieser Satz allerdings wahr ist.

(m) *L.* 9 *de rei vind.* (6. 1.)

ther u. s. w. im Namen des Eigenthümers besitzt, also dessen Recht auf irgend eine Weise anerkennt (n).

Bey den persönlichen Klagen ist das Princip dasselbe, wie es für die Klagen in rem aufgestellt worden ist. Die Verjährung fängt an, wenn die Erfüllung der Obligation unterbleibt ohne den Willen des Berechtigten, das heißt gegen die durch die Natur des Rechtsverhältnisses begründete Erwartung. Auch hier also kommt es nicht darauf an, daß der Schuldner zur Erfüllung aufgefordert sey und dieselbe verweigert habe (o). Eben so ist ganz gleichgültig das Daseyn der besonderen Bedingungen, an welche die Annahme der Mora geknüpft ist. Mora ist dasjenige Verhältniß des nicht erfüllenden Schuldners, welches für ihn gewisse positiv bestimmte Nachtheile zur Folge hat (Zinsen, Verantwortlichkeit u. s. w.); hier wird in der Regel Mahnung gefordert, wodurch das Daseyn oder der Vorwand stillschweigender Nachsicht mit Sicherheit beseitigt werden soll. Für die Möglichkeit einer Klage aber sind diese Bedingungen nicht nöthig; gerade der Umstand, daß der Gläubiger die Mahnung unterläßt, gehört zu der Reihe von Nachlässigkeiten, deren endlicher Erfolg der Verlust des Klagrechts durch Verjährung ist (p).

(n) Von diesem Fall sind zu verstehen *L.* 2 *L.* 7 §6 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.) Die richtige Ansicht hat Kierulff S. 198.

(o) In dieser unrichtigen Weise wird die Meynung Derjenigen, welche eine Rechtsverletzung zum Anfang der Verjährung fordern, von Thon S. 37. aufgefaßt.

(p) Die richtige Ansicht hierüber hat Kierulff S. 197.

In der Anwendung auf einzelne Obligationen ſind zuerſt diejenigen Fälle zu betrachten, worin die aufgeſtellte Regel einer reinen und einfachen Anwendung empfänglich iſt, indem keine factiſche Verwicklungen hinzutreten, wodurch Zweifel oder auch wirkliche Abweichungen veranlaßt werden könnten. Ich rechne dahin folgende Fälle:

1) Die Delictsobligationen. Sobald das Delict begangen iſt, hat der Verletzte augenblicklich die Zahlung der Entſchädigung oder der Strafe zu erwarten, und jede Verzögerung iſt eine neue Rechtsverletzung, wodurch eben die Klage begründet wird (q). Daher fängt die Verjährung der Klage mit dem vollendeten Delict an, weil es als Verſäumniß betrachtet werden muß, wenn der Verletzte nicht ſogleich die Klage anſtellt.

2) Ganz dieſelbe Natur haben auch die Quaſicontracte. Die Verjährung der tutelae actio fängt alſo an mit der geendigten Tutel (r), die der condictio indebiti mit der irrigen Zah-

(q) Es iſt alſo unrichtig, wenn Thon S. 36 behauptet, es ſey etwas Eigenthümliches bey den Delictsklagen, daß die Verjährung von einer Rechtsverletzung anfange. Er verwechſelt die in dem Delict ſelbſt enthaltene Rechtsverletzung mit der unterlaſſenen Zahlung; die erſte kommt allerdings nur bey Delicten vor, die zweyte iſt den Delicten mit anderen Obligationen gemein, und auf ſie allein bezieht ſich der Anfang der Klagverjährung.

(r) Nicht mit der Übernahme der Tutel, die allerdings den entfernteren Grund der Obligation enthält, ſo daß ſie den auf die Entſtehungszeit gegründeten Rang des ſtillſchweigenden Pfandrechts beſtimmt; auch nicht mit der einzelnen Handlung, wenn z. B. der Vormund während der Vormundſchaft Geld unterſchlägt. Die eigentliche Obligation, alſo die actio tutelae, entſteht erſt mit dem Ende der Tutel. *L.* 4 *pr. de tutelae* (27. 3.) „Nisi finita tutela sit, tutelae agi non potest.“

lung, die der Dotalklage mit dem Ende der Ehe (Note h). Denn in diesen Zeitpunkten hat der Glaubiger, nach der Natur der erwähnten Rechtsverhältnisse, die Zahlung zu erwarten, und wenn er nicht augenblicklich darauf klagt, so liegt darin der Anfang einer Versäumniß, deren Ende den Verlust der Klage durch Verjährung herbeyführt (s).

3) Eben so aber sind auch die meisten Obligationen aus Verträgen zu betrachten, nämlich alle diejenigen, in welchen nur nicht die nachfolgenden besonderen Verwicklungen wahrzunehmen sind. Es gehören also dahin bey den Römern alle Klagen aus einfachen, nicht durch Bedingung oder Zeit beschränkten, Stipulationen; bey uns wie bey den Römern, alle Klagen auf einzelne Leistungen aus Verträgen, wenn der Glaubiger von seiner Seite Nichts zu leisten, oder seine Verpflichtung schon erfüllt hatte, also unter andern alle Klagen der Kaufleute und Handwerker aus Rechnungen über gelieferte Waaren. Denn in diesen Fällen ist die Erwartung augenblicklicher Leistung durch die Natur des Rechtsverhältnisses wohl begründet, es ist also auch eine unzweifelhafte Versäumniß, wenn es der Glaubiger unterläßt, dieser Erwartung, insofern sie nicht freywillig erfüllt wird, durch Anstellung einer Klage Nachdruck zu geben. Wollte man in diesen Fällen nach 30 Jahren dem Beklagten zumuthen, eine anfängliche Aufforderung

(s) Mit Unrecht behauptet Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer S. 194 Note 11, es liege hierin eine Eigenthümlichkeit der Quasicontracte, da eigentlich noch eine Verweigerung hinzukommen müßte.

und Verweigerung zu beweisen, so würde das wohlthätige Institut der Verjährung praktisch fast ganz vernichtet seyn; denn gerade wenn es zu einer solchen ausgesprochenen Verweigerung gekommen ist, wird fast immer die Klage wirklich angestellt werden, so daß nur die übrigen Fälle von praktischer Erheblichkeit für die Verjährung sind.

Es ist wohl zu bemerken, daß diese Anwendung der Klagverjährung für das wirkliche Leben die allerwichtigste ist. Denn sie betrifft die unzähligen Verhältnisse des täglichen Verkehrs, deren vorübergehende Natur und geringe Erheblichkeit eine geringere Sorgfalt in Aufbewahrung der Beweismittel zur unausbleiblichen Folge hat. Zugleich ist bey diesen das Daseyn der oben (§ 237) dargestellten Gründe der Verjährung recht einleuchtend. Denn wenn die Erben eines Kaufmanns oder Handwerkers nach mehr als 30 Jahren aus den Büchern ihres Erblassers Klagen erheben, so ist gewiß die Wahrscheinlichkeit vorhanden, daß die Rechnung längst bezahlt sey, und zugleich die Gewißheit einer großen Nachlässigkeit der Eintreibung für den Fall, daß dennoch die Eintreibung unterblieben seyn sollte.

Durch diese Betrachtung sind neuere Gesetzgebungen bewogen worden, für die erwähnten Verhältnisse des täglichen Verkehrs sehr kurze Verjährungsfristen vorzuschreiben (t), und auch diese Bestimmung ist gewiß dem wahren Bedürfniß, und besonders auch dem richtig verstandenen Interesse der Glaubi-

(t) Code civil art. 2271 und fg. — Preußisches Gesetz vom 31. März 1838 über kürzere Verjährungsfristen (Gesetzsammlung 1838 S. 249).

ger, sehr angemessen. Um so mehr aber müssen wir uns schon hüten, im gemeinen Recht die Schwierigkeit, die in dem langen Zeitraum von 30 Jahren liegt, durch willkührliche Forderungen für den Anfang der Verjährung fast bis zur Unmöglichkeit zu steigern.

§. 240.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. a. Actio nata. (Fortsetzung.)

Es bleibt nun noch übrig, diejenigen Arten der persönlichen Klagen zu erwägen, in welchen die Anwendung der im § 239. aufgestellten Regel entweder ohne Grund bezweifelt worden ist, oder in der That modificirt werden muß.

A) Wenn bey einem zweyseitigen Vertrag, z. B. einem Kauf, noch kein Theil erfüllt hat, so soll, wie Manche glauben, die Verjährung keiner der beiden Klagen anfangen, weil jede derselben, wegen der entgegenstehenden exceptio non impleti contractus, noch nicht actio nata sey (a).

Wäre diese Behauptung richtig, so läge darin ein Nachtheil für den gewissenhaften, pünktlichen Contrahenten, ein Vortheil für den säumigen, indem dieser keine Verjährung für seine eigene Klage zu befürchten hätte, so lange er mit seiner Leistung an den Gegner im Rückstand wäre. Daß ein so rechtswidriger Erfolg nicht zuzulassen ist, wird bey ruhiger Betrachtung leicht zugegeben werden; es fragt sich aber, wie ihm zu begegnen seyn möge. — Unterholzner

(a) Thibaut Pandekten § 1020.

beruft sich auch hier auf die Regel, daß die Verjährung einer noch nicht vorhandenen Klage dennoch anfange, wenn nur die Entstehung derselben durch die bloße Willkühr des künftigen Klägers bewirkt werden könne (b); diese Regel selbst ist jedoch schon oben (§ 239) widerlegt worden. — In der That aber ist es ganz unrichtig, die Entstehung des Klagrechts von der Möglichkeit oder Beseitigung der erwähnten Exception abhängig zu denken. Die Klagen aus dem Vertrag sind völlig begründet von der Zeit des Abschlusses an; jeder Theil kann sie sogleich anstellen, und tritt also, wenn er es unterläßt, sogleich in den Zustand der Versäumniß ein, durch dessen hinreichende Fortdauer die Verjährung bewirkt wird. Keine Exception schließt das Daseyn eines Klagrechts, und die Möglichkeit es auszuüben oder zu versäumen, aus; schon deswegen nicht, weil es ganz ungewiß ist, ob die Exception vorgebracht werden, und ob ihr der Richter Erfolg geben wird; am wenigsten aber eine Exception wie die hier erwähnte, die einen ganz dilatorischen Character hat, und nie zur gänzlichen Freysprechung des Beklagten führt (c), so daß also in jedem Fall die Klage wenigstens mit dem Erfolg sicher angestellt werden kann, daß dadurch die Verjährung unterbrochen wird (d).

(b) Unterholzner II. § 260.

(c) *L.* 13 § 8 *de act. emti* (19. 1.) „ . . *nondum* est ex emto actio: venditor enim, *quasi pignus*, retinere potest eam rem, quam vendidit." Die Worte: nondum *est* actio dürfen hier nicht zu buchstäblich genommen werden; man muß hinzufügen: cum effectu.

(d) Die richtige Ansicht haben Wangerow I. S. 170. 171. Kie-

Die für dieſen Fall entſtandenen Zweifel ſind alſo ohne Grund, und die im vorigen §. entwickelte Regel kommt rein zur Anwendung. Denn mit dem Abſchluß des Kaufes iſt für jeden Theil die Erwartung entſtanden, daß der Gegner ſogleich erfüllen werde, wie es der Natur des Kaufs angemeſſen iſt; mit dieſer Erwartung aber entſteht zugleich das Klagrecht, und die Möglichkeit, deſſen Ausübung zu verſäumen.

B) Schwieriger ſind diejenigen Fälle, worin das Rechtsverhältniß ſelbſt zunächſt auf einen dauernden Zuſtand führt, deſſen Ende jedoch in der Willkühr des Glaubigers ſteht. Die perſönliche Klage, wodurch er die Änderung jenes Zuſtandes bewirken kann, iſt wie jede andere Klage der Verjährung unterworfen; aber der Anfangspunkt dieſer Verjährung iſt es, welcher von jeher die größten Streitigkeiten veranlaßt hat. Die wichtigſten Fälle, die hierher gehören, ſind folgende: das unverzinsliche Darlehen (e); das Depoſitum, Commodat, und Precarium (f); das Einlöſungsrecht wegen eines im Beſitz des Glaubigers befind-

rulff I. S. 193. 197. —

(e) Das unverzinsliche allein kommt hier in Betracht, weil das verzinsliche, durch die damit verbundene periodiſche Leiſtung, zur folgenden Klaſſe der Obligationen gehört.

(f) Bey dem Precarium macht es für den Anfang der Klagverjährung keinen Unterſchied, ob man die ältere Römiſche Anſicht (des auf ein Delict gegründeten Interdicts) zum Grunde legt, oder die neuere, nach welcher es als Vertrag behandelt wird. Denn nach dieſer letzten Anſicht hat es ganz dieſelbe Natur wie das Commodat; nach der erſten kann von einem Misbrauch des Zutrauens, worin das Weſen dieſes Delicts liegt, nicht früher die Rede ſeyn, als der Geber die Sache zurückfordert, und der Empfänger ſie verweigert.

lichen Pfandes (a. pignoratitia directa); die a. venditi aus einem Vertrag de retrovendendo. — Die vier ersten Fälle sind ganz gleichartiger Natur; bey den zwey letzten kommen noch besondere Rücksichten in Betracht.

Ich betrachte zuerst das unverzinsliche Darlehen, und zwar dieses in seiner einfachsten Gestalt, wenn es ganz unbestimmt gegeben ist, ohne ausdrückliche Abrede über die Art der Rückgabe. Hier hat der Glaubiger nach der Natur des Rechtsverhältnisses zunächst die Rückgabe durchaus nicht zu erwarten, da mit seinem ausgesprochnen Willen der Empfänger das geliehene Geld auf unbestimmte Zeit hat und genießt. Fehlt es nun an dieser natürlichen Erwartung, so giebt es auch noch keine Klage zu deren Unterstützung, also ist auch der Anfang einer Klagverjährung unmöglich. Diese setzt Nachlässigkeit voraus, und wo wäre hier eine solche zu finden? Niemand wird sagen, daß das Darlehen an sich schon eine Nachlässigkeit in sich schließe. Also könnte dieselbe nur darin gefunden werden, daß der Glaubiger das Darlehen allzu lang bestehen ließe, ohne es entweder einzufordern oder durch einen neuen Schuldschein zu sichern. Allein Dieses müßte doch durch positives Gesetz vorgeschrieben seyn, schon deswegen, weil es sonst an einem bestimmten Gränzpunkt der Nachlässigkeit fehlen würde, welcher zugleich den Anfang der Verjährung begründen könnte. — Besonders einleuchtend wird die Wahrheit dieser Behauptung, wenn man den vorliegenden Fall mit den im vorhergehenden §. betrachteten Fällen vergleicht. Auch

der Kaufmann oder Handwerker, der eine Rechnung übergiebt, kann mit der Einforderung warten, und wird es meiſt thun; das iſt Connivenz, die der Natur des Rechtsverhältniſſes völlig fremd iſt, und die eine verdoppelte Aufmerkſamkeit nöthig macht, wenn ſie nicht den Character der Nachläſſigkeit annehmen ſoll. Ganz anders bey dem Darlehen, bey welchem der Schuldner das Geld hat und behält, nicht aus Connivenz des Glaubigers, ſondern nach dem weſentlichen Inhalt des Vertrags ſelbſt. Hier fängt alſo die Verjährung von dem Empfang des Darlehens nicht an, weil keine Veranlaſſung zur Klage, keine Verletzung, vorhanden iſt. Dagegen würde es auch hier ganz unrichtig ſeyn, eine Verweigerung zu fordern. Es iſt genug, wenn der Glaubiger das Geld zurückfordert, mag auch der Schuldner dieſe Forderung unbeantwortet laſſen; die Verjährung fängt an, weil der Wille des Glaubigers, daß der Schuldner das Geld genieße, aufgehört hat.

Mit einigem Schein iſt gegen dieſe Anſicht folgende Stelle des Römiſchen Rechts geltend gemacht worden (g):

> Sin autem communes numos credam, aut solvam, *confestim pro parte mea nascetur et actio*, et liberatio.

Alſo, ſagt man, fängt die Darlehnsklage augenblicklich mit dem gegebenen Darlehen an, nicht erſt mit der Kündigung. Allein dieſe Worte erhalten ihre Erklärung aus den vorhergehenden. Wenn mit fremdem Gelde ein Dar-

(g) *L.* 94 § 1 *de solut.* (46. 3.)

lehen gegeben, oder eine Zahlung geleistet wird, so sind diese Rechtsgeschäfte zunächst unwirksam, weil der Eigenthümer das Geld vindiciren kann; sie werden gültig durch die Consumtion von Seiten des Empfängers, weil diese das Eigenthum zerstört (h). Zu dieser Regel fügt die oben abgedruckte Stelle eine natürliche Beschränkung hinzu, für den Fall daß der Geber des Geldes zu einem idealen Theil Eigenthümer desselben wäre: nun soll in Ansehung dieses Theils sein Darlehen oder seine Zahlung sogleich vollgültig seyn. Das confestim also bezeichnet hier augenscheinlich den Gegensatz gegen die außerdem erforderliche Consumtion, nicht gegen die Kündigung des Darlehens, von welchem letzten Gegensatz in der ganzen Stelle gar nicht die Rede ist.

Der Fall des Darlehens kann aber noch in folgenden zusammengesetzteren Gestalten vorkommen. Zuerst wenn dasselbe gleich Anfangs für einen bestimmten Zeitraum gegeben ist. Nun fängt unzweifelhaft die Verjährung mit dem Ablauf dieses Zeitraums an; nicht früher, weil der Glaubiger nicht früher klagen kann; nicht später, weil mit jenem Zeitpunkt die im Vertrag ausgesprochene Einwilligung des Glaubigers in des Schuldners Benutzung des Geldes aufhört. Jetzt ist also, nach dem Inhalt des Vertrags, die freywillige Rückgabe des Geldes augenblicklich zu erwarten, und wenn der Glaubiger die Unterlassung

(h) *L.* 13 *pr.* § 1 *de reb. cred.* (12. 1.).

derselben stillschweigend duldet, so ist dieses wieder bloße Connivenz, dem Inhalt des Rechtsgeschäfts fremd (h[1]).

Manche glauben, das Darlehen erhalte eine besondere Natur, wenn der Schuldner ausdrücklich verspreche, das Geld nach Kündigung zurück zu geben; darin soll eine Bedingung liegen, mit deren Eintritt erst die Klage entstehen könne, selbst nach der Meynung Derjenigen, die in dem bisher betrachteten einfachsten Fall die Klage gleich bey dem Abschluß des Darlehens entstehen lassen. Diese Meynung ist zu verwerfen, weil in jenen Worten nur die überflüssige Wiederholung einer Bestimmung liegt, die sich nach der Natur des Darlehens ohnehin von selbst versteht, so daß die Behandlung derselben als einer Bedingung, gezwungen und der Absicht der Parteyen fremd seyn würde. Gerade so ist auch in einer Stipulation der Ausdruck cum petiero weder als Bedingung, noch als dies zu betrachten, sondern blos als Einschärfung der ohnehin vorhandenen Verpflichtung (i).

Selbst wenn die bedungene Kündigung mit einer Frist versehen ist, z. B. Drey Monate nach Kündigung, darf Dieses nicht als Bedingung betrachtet werden, sondern blos als ein zum Schutz des Schuldners hinzugefügter dies, damit der Schuldner nicht von der Kündigung

(h[1]) Ob durch den bloßen Eintritt des bedungenen Tages von selbst die Mora entsteht, oder ob dazu eine Mahnung erfordert wird, ist eine bekannte Streitfrage, die aber nicht hierher gehört, da die Bedingungen der Mora mit dem Anfang der Verjährung Nichts gemein haben (§ 239).

(i) *L.* 48 *de V. O.* (45. 1.), vgl. oben B. 3 § 117 S. 129.

überrascht werde, sondern Zeit behalte, das Geld herbey zu schaffen. Nur hat natürlich diese Bestimmung den besondern Einfluß, daß die Verjährung nicht unmittelbar mit der Kündigung anfängt, sondern Drey Monate nachher, weil erst in diesem Zeitpunkt geklagt werden kann. — Dasselbe muß gelten, wenn eine solche Frist nicht durch den Vertrag, sondern durch ein besonderes Landesgesetz vorgeschrieben ist (k).

Die hier aufgestellten Regeln über den Anfang der Klagverjährung bey unverzinslichen Darlehen sind praktisch wenig wichtig und gefährlich. Unverzinsliche Darlehen von bedeutenden Summen und auf lange Zeiten kommen sehr selten vor, und wenn ein solches einmal durch ungewöhnliche Umstände veranlaßt werden sollte, so liegt darin für alle Theile eine Aufforderung zu besonderer Vorsicht, wodurch ohnehin jeder Nachtheil abgewendet werden kann.

Die eben erörterte Frage ist übrigens sehr bestritten. Mehrere Schriftsteller nehmen die hier vertheidigte Meynung an (l). — Andere behaupten im strengsten Gegensatz, daß die Verjährung anfange mit dem abgeschlossenen Darlehen, wobey sie nur bey bedungener Kündigungsfrist die Dauer dieser Frist hinzu setzen (m). Diese

(k) Nach dem Preussischen Landrecht I. 11 § 761. 762 gilt eine Frist von Drey Monaten, wenn das Darlehen mehr als 50 Thaler beträgt, außerdem Vier Wochen.

(l) Rave § 135. Kierulff S. 194. 195. 197.

(m) Unterholzner II. § 260. Kind quaest. for. Vol. 3 C. 35.

berufen sich auf die oben widerlegte Regel, nach welcher die Verjährung anfangen soll, wenn nur die Entstehung des (noch nicht vorhandenen) Klagrechts in der Macht des Berechtigten stehe (§ 239). — Nach einer mittleren Meynung soll die bedungene, und mit einer Frist versehene, Kündigung als Bedingung angesehen werden, mit deren Eintritt das Klagrecht und die Verjährung desselben anfange; wenn dagegen der Vertrag eine Kündigung ohne Frist erwähnt, oder darüber ganz schweigt, so soll das Klagrecht und die Verjährung anfangen mit dem abgeschlossenen Darlehen (n).

Die Regel, welche das preußische Landrecht über diese Frage enthält, ist von unsicherem Ausdruck (o). In der Praxis wird die von Unterholzner vertheidigte Meynung angenommen, nach welcher die Verjährung anfängt mit dem abgeschlossenen Vertrag, nur etwa mit Hinzurechnung der bedungenen Kündigungsfrist (p).

(n) Thon S. 2. 9—16. 33—54. Für den ersten Fall stimmt er in dem Resultat mit mir überein; für den zweyten in dem Resultat mit Unterholzner, jedoch auch nicht in den Gründen.

(o) A. L. R. I. 9 § 545 „Gegen andere Rechte fängt die Verjährung von dem Tage an, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden konnte." Bey der Allgemeinheit dieser Regel ist es nicht klar, ob sie auch auf solche Fälle, wie das Darlehen, gehen soll, oder nur auf die Fälle, worin die augenblickliche Zahlung ohnehin zu erwarten ist, wie bey gelieferten Waaren. — Nach einem früheren Entwurf von Kircheisen sollte die Verjährung in der Regel anfangen von dem Tage der Ausstellung des Instruments (d. h. vom gegebenen Darlehen an); nur wenn ausdrücklich eine Aufkündigung bedungen sey, von der Zeit dieser Aufkündigung. Simon und Stramff Zeitschrift B. 3 S. 442 § 912—914.

(p) Simon und Strampff

Die für das unverzinsliche Darlehen aufgestellte Regel ist eben so anzuwenden bey dem Commodat, Depositum, Precarium. Denn in diesen drey Rechtsgeschäften besitzt der Empfänger die Sache mit dem erklärten Willen des Gebers, verletzt also nicht dessen Recht, und der Vertrag selbst erregt auf keine Weise die Erwartung einer augenblicklichen Rückgabe. Die Verjährung fängt also erst an, wenn der Geber die Sache zurück fordert. Nach der Meynung der Gegner soll sie anfangen von dem ersten Empfang an, weil der Geber die Sache sogleich zurück fordern kann, wovon dann die Entstehung des Klagrechts die Folge ist. Nur wenige besondere Bemerkungen sind für diese Fälle nöthig. — Bey dem Commodat wird häufig nicht eine Zeit, wohl aber ein Ziel des Gebrauchs bestimmt, wenn z. B. ein Pferd oder ein Wagen zu einer bestimmten Reise geliehen wird. Mit der Beendigung dieser Reise fängt die Klagverjährung an, weil nun der im Vertrag ausgesprochene Wille des Gebers, daß der Empfänger die Sache gebrauche, aufhört. Der Fall ist also ganz ähnlich dem Fall des Darlehens, welches auf Ein Jahr gegeben wird. — Bey dem Depositum hat man einen Gegengrund aus einer Stelle hernehmen wollen, die vielmehr als Bestätigung der hier vorgetragenen Meynung anzusehen ist (q):

Entscheidungen des Obertribunals B. 3 Num. 20 S. 165 fg.

(q) *L.* 1 § 22 *depositi* (16. 3.)

Est .. scriptum, eum, qui rem deposuit, *statim posse depositi actione agere.*

Nimmt man diese Worte außer ihrem Zusammenhang, so könnte man in dieselben den Sinn legen, die Klage (also auch der Anfang der Verjährung) entstehe sogleich, nicht erst im Augenblick der Rückforderung; allein die unmittelbar folgenden Worte zeigen deutlich, daß von diesem Gegensatz gar nicht die Rede ist:

hoc enim ipso dolo facere eum qui susceplt, *quod reposcenti rem non reddat.*

Man pflegte nämlich die Regel aufzustellen, die actio depositi werde nur durch den Dolus des Empfängers begründet. Dieser Ausdruck konnte zu dem Misverständniß führen, als müsse der Geber warten, bis der Empfänger die Sache verbraucht oder veräußert habe. Dagegen wird hier von Julian und Ulpian gewarnt, mit der Bemerkung daß auch die bloße Verweigerung ein solcher Dolus sey, der die Klage erzeuge. Hier ist sogar ausdrücklich die erfolglose Rückforderung als Entstehung der Klage bezeichnet, nicht das ursprüngliche Hingeben der Sache.

§. 241.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. a. Actio nata. (Fortsetzung.)

Wichtiger als die zuletzt erwähnten Fälle, aber mit ihnen ganz gleichartig, ist ein Fall, der schon vom zwölften Jahrhundert an die Aufmerksamkeit der Schriftsteller

auf sich gezogen hat. Wenn ein Schuldner dem Glaubiger ein Pfand in Besitz giebt, Dieses aber später wieder einlösen will, so entsteht die Frage, von welchem Zeitpunkt die Verjährung der hierauf zu richtenden actio pignoratitia anfange.

Nach der eben entwickelten Ansicht kann die Entscheidung dieser Frage nicht zweifelhaft seyn. Der Glaubiger besitzt mit des Schuldners Willen, verletzt also dessen Recht auf keine Weise, und es ist keine Veranlassung zur Klage vorhanden, da dem Glaubiger keine in der Natur des Rechtsverhältnisses liegende Erwartung getäuscht wird. Von einer Nachlässigkeit des Schuldners kann nicht die Rede seyn, da der gegenwärtige factische Zustand auf dem übereinstimmenden Willen beider Theile beruht, und vielleicht beiden gleich vortheilhaft und erwünscht ist. Ja es ist hier diese Entscheidung noch weit einleuchtender, als in den bisher betrachteten Fällen. Denn in diesen kam es blos auf den veränderten Willen des ursprünglichen Gebers an, um das Klagrecht zu erzeugen; hier ist der bloße Wille nicht hinreichend, sondern es muß eine wichtige, oft sehr schwierige, That hinzu kommen, wenn das Klagrecht entstehen soll: die Befriedigung des Glaubigers. Erst wenn diese That vollzogen ist, kann die actio pignoratitia entstehen, ja es bedarf nun nicht einmal einer ausdrücklichen Rückforderung, da durch die bloße Befriedigung des Glaubigers der Rechtsgrund zerstört wird, aus welchem er bisher das Pfand besaß.

Hier nun findet sich sogar eine ausdrückliche Anerkennung der aufgestellten Behauptung in folgender Stelle (a):

Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, *ut nascatur pignoratitia actio.*

Ist also vor der Befriedigung des Glaubigers noch nicht actio nata, wie hier geradezu gesagt wird, so kann auch, nach dem oben aufgestellten Grundsatz (§ 239), nicht früher die Verjährung beginnen.

Eine Bestätigung liegt auch in einer Bestimmung des Westphälischen Friedens. Die Einlösung von verpfändeten Gütern ist nämlich zu allen Zeiten ein wichtiger Gegenstand staatsrechtlicher Verhandlungen gewesen, indem oft ganze Territorien mit übertragenem Besitz verpfändet wurden. Hierüber nun wird in jenem Friedensschluß bestimmt, daß die Einlösung der von einem Reichsstand an den andern gegebenen Pfandschaften selbst nicht durch unvordenklichen Besitz ausgeschlossen seyn solle, woraus gewiß um so mehr die Ausschließung der gewöhnlichen Verjährung folgt (b). Als Gesetz für das Privatrecht sollte diese Bestimmung nicht gelten, aber sie enthält wenigstens eine unzweydeutige Erklärung der Reichsstaatsgewalt über die vorliegende Frage überhaupt. Wenn dagegen in dem-

(a) *L.* 9 § 3 *de pign. act.* (13. 7.).

(b) Instr. Pac. Osnabr. Art. 5. § 27. Allerdings wird hinzugesetzt, bey dem Antrag auf Einlösung sollten die Exceptionen des Gegners gehört werden; allein diese beziehen sich augenscheinlich nicht auf die Verjährung, sondern auf die Verwendungen des Pfandbesitzers für das verpfändete Gut, auf die Richtigkeit der Einlösungssumme wegen des oft veränderten Münzfußes u. s. w.

selben Friedensschluß, und eben so in der Wahlcapitulation, bestimmt wird, daß die vom Reich an einzelne Stände gegebenen Pfandschaften unwiderruflich seyn sollen (c), so hat diese Bestimmung mit der vorliegenden Rechtsfrage über die Verjährung schon deshalb keinen Zusammenhang, weil darin die längere oder kürzere Zeit des Besitzes gar nicht unterschieden wird; sie hat überhaupt keine juristische Grundlage, und gehört vielmehr in die große Reihe von Concessionen des Kaisers an die Stände, wodurch die Macht derselben stets erweitert wurde, wie es einem Wahlkaiser gegenüber wohl zu erwarten war.

Die eben erörterte Frage über die Einlösung verpfändeter Sachen ist schon unter den Glossatoren Gegenstand des lebhaftesten Streites gewesen (d). Späterhin hat sich eine überwiegende Zahl bedeutender Schriftsteller für die hier vertheidigte Meynung erklärt, und sie ist durch zahlreiche Urtheile angesehener Gerichte bestätigt worden (e). Dennoch hat auch die entgegengesetzte Meynung bis in die neueste Zeit Vertheidiger gefunden. Diese berufen sich auf die oben widerlegte Regel, nach welcher die Verjährung einer noch nicht vorhandenen Klage dennoch anfangen soll, wenn nur die Entstehung derselben ganz in der Macht des

(c) Instr. Pac. Osnabr. Art. 5. § 26. Cap. Caes. Art. 10 § 4.

(d) Dissensiones Dominorum ed. Haenel p. 27. 78. 195. 477—480.

(e) Cujacii paratit. in Cod. 7. 39 und: Comm. in tit. D. de usurp., L. 13. Giphanius p. 248. Glück B. 14 S. 170—177. Thibaut Verjährung S. 123, Pandekten § 1020. Thon S. 16 S. 20—26, wo die Einwürfe der Gegner gut widerlegt werden.

Klägers liege; Dieses nun sey hier stets anzunehmen, weil das mögliche Hinderniß, wenn etwa der Schuldner kein Geld zur Einlösung habe, als ein blos factisches, gar nicht beachtet werde (f).

Bey diesem wichtigen Fall sind noch einige Nebenfragen zu berücksichtigen. Von der Unverjährbarkeit des Einlösungsrechts kann selbst dann keine Ausnahme gelten, wenn dem Schuldner die Schuld ohne Erfolg gekündigt ist. Allerdings ist er nun nachlässig zu nennen, aber nicht in der Rückforderung des Pfandes (welches noch immer seinen ursprünglichen Zweck vollständig erfüllt), sondern in der Bezahlung der Schuld; in dieser Beziehung ist er in Mora, und es treffen ihn die mit dieser verbundenen Nachtheile. — Man könnte glauben, eine Ausnahme müsse wenigstens dann gelten, wenn von der andern Seite die Schuldklage verjährt sey, weil sonst unbilligerweise der Schuldner das Pfand zurück bekomme, ohne die Schuld zu bezahlen. Allein dieser Fall kann nicht vorkommen, weil in dem Besitz des Pfandes eine stets wiederholte Anerkennung der Schuld von Seiten des Schuldners liegt, wodurch die Verjährung der Schuldklage ausgeschlossen wird (g). — Endlich ist wohl zu bemerken, daß die Unverjährbarkeit der actio pignoratitia nur auf die Einlösung des Pfandes zu beziehen ist, nicht auf andere mögliche Gegenstände. Wenn also der Glaubiger die verpfändete Sache zerstört oder

(f) Unterholzner II. § 264.
(g) *L.* 7 § 5 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

beschädigt, so erwirbt dadurch der Schuldner Geldforderungen, die gleichfalls mit der actio pignoratitia verfolgt werden; diese aber sind der gewöhnlichen Klagverjährung unterworfen, welche von dem Augenblick der verletzenden Handlung anfängt.

Endlich der letzte zu dieser Klasse von Obligationen gehörende Fall ist der des Wiederkaufs. Wenn ein Verkäufer durch Nebenvertrag das Recht vorbehält, die Sache nach einseitiger Willkühr zurück zu kaufen, so kann er dieses Recht durch die actio venditi geltend machen, und es entsteht auch hier die Frage nach dem Anfang der Verjährung dieser Klage. Nach mehreren Schriftstellern soll die Verjährung anfangen von dem geschlossenen Vertrag, oder wenigstens von der Übergabe an, weil der Verkäufer sein Recht und die Klage zu dessen Schutz sogleich gebrauchen könne (h). Nach dem von mir aufgestellten Grundsatz fängt sie erst an, wenn der erste Verkäufer die Absicht des Rückkaufs ausgesprochen hat. Unmöglich kann man sagen, daß schon durch die Übergabe die Erwartung begründet sey, der Käufer werde die Sache sogleich von selbst zurückgeben; darauf gieng gar nicht die Absicht, ja der Käufer wäre dazu nicht einmal berechtigt, da der Vorbehalt dem Verkäufer ein einseitiges Recht giebt. Der factische Zustand bis zum erklärten Rückkauf gründet sich auf den Willen des Verkäufers, und giebt zu keiner Klage Veranlassung; das Verhältniß ist in dieser Hinsicht ganz

(h) Thon S. 3. Bangerow I. S. 171.

ähnlich dem auf unbestimmte Zeit und Benutzung gegebenen Commodat (i).

Übrigens ist dieser Fall von geringer Erheblichkeit. Er setzt voraus, daß der Rückkauf auf unbestimmte Zeit, also für immer, vorbehalten sey, und dieser Fall ist gewiß sehr selten. Fast immer wird dafür eine bestimmte Zeit, und zwar meist eine sehr kurze, ausbedungen seyn; ist nun diese unbenutzt abgelaufen, so hat das Recht selbst aufgehört, und es ist also keine Klage mehr übrig, von deren Verjährung die Rede seyn könnte.

C) Es bleibt endlich noch eine dritte Klasse von Obligationen zu betrachten übrig, welche in Beziehung auf den Anfang der Verjährung eine besondere Natur haben: die mit periodischen Leistungen verbundenen Obligationen. Dieser Fall aber kommt wieder in folgenden verschiedenen Gestalten vor. Die periodische Leistung kann die Accession einer Hauptschuld seyn, oder aber für sich allein stehen, als einziger Gegenstand einer Obligation. Im ersten Fall kann die Verjährung in Frage gestellt werden entweder für die Hauptschuld, oder für einzelne periodische Leistungen.

1) Verjährung einer Hauptschuld, wenn mit derselben periodische Leistungen als Accessionen verbunden sind.

Der Hauptfall dieser Art ist das verzinsliche Gelddarlehen, und es ist dabey gleichgültig, ob die Schuld gleich Anfangs als Darlehen entstanden war, oder ob irgend

(i) Glück B. 1 S. 116 B. 16 §998. Thibaut Verjährung S. 124. Kierulff I. S. 194.

eine andere Schuld zinstragend gemacht wurde, und dadurch die Natur eines Darlehens annahm.

Hier gilt die Regel, daß die Verjährung der Hauptschuld anfängt mit dem Zeitpunkt, worin zuerst eine Zinszahlung ausgeblieben ist (k). Sie fängt nicht früher an, weil in jeder geleisteten Zinszahlung eine Anerkennung der Hauptschuld liegt, die bis zum nächsten Zinstermin fortwirkt (l); nicht später, weil in jeder unterlassenen Zinszahlung eine Verletzung des Rechts liegt, wodurch der Glaubiger zur Klage veranlaßt werden muß. Man könnte zwar annehmen, die Verletzung betreffe nur den einzelnen Zinsposten, nicht das Kapital, so daß auch nicht die Kapitalklage, sondern nur die Klage auf den fälligen Zinsposten zu verjähren anfange. Allein die natürlichere Ansicht ist wohl die, daß der Glaubiger sein Recht auf das Kapital und die Zinsen als ein ungetrenntes Ganze denkt, und daher in der partiellen Verletzung eine Veranlassung findet, auch das Kapital einzuklagen, oder wenigstens durch besondere Thätigkeit gegen Verjährung zu verwahren (m).

(k) Versteht sich, wenn von da an die Unterlassung der Zinszahlung stets fortgedauert hat; denn jede folgende Zinszahlung, wie mangelhaft und unregelmäßig sie auch sey, unterbricht wieder, als neue Anerkennung der Hauptschuld, die ganze Verjährung.

(l) Mit Rücksicht hierauf giebt Justinian dem Glaubiger das Recht, eine antapocha zu verlangen, um damit den Beweis zu führen, daß er die Zinsen empfangen habe. *L.* 19 *C. de fide instr.* (4. 21.). Im wirklichen Leben freylich sind solche Gegenquittungen ganz ungewöhnlich.

(m) Dieses geschieht unter andern schon dadurch, daß er auch nur diesen einzelnen Zinsposten wirklich einklagt. Der Satz gilt also in aller Strenge nur für den

Möchte auch diese Ansicht an sich bezweifelt werden, so hat sie doch in folgender Stelle des Römischen Rechts, deren praktischer und wohlthätiger Sinn nicht zu verkennen ist, bestimmte Anerkennung gefunden (n):

> Exceptionem etiam triginta vel quadraginta annorum in illis contractibus, in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit.

Indem hier der Zeitpunkt der ausgebliebenen Zinszahlung bestimmt als Anfang der Verjährung bezeichnet wird, liegt darin die ganze Reihe der aufgestellten Behauptungen, das heißt die Ausschließung sowohl jedes früheren, als jedes späteren Anfangspunktes. Ganz unrichtig haben Manche diese Bestimmung des Anfangspunktes auf die Verjährung der bloßen Zinsklage bezogen (o); dafür bedurfte es keiner gesetzlichen Bestimmung, und es ist aus der ganzen Fassung des Gesetzes klar, daß der Kaiser einen Punkt gesetzlich bestimmen will, über welchen sich wohl eine andere Meynung denken ließe. Er sagt also:

Fall, wenn der Glaubiger, nachdem die Zinszahlungen ausgeblieben sind, ganz unthätig bleibt.

(n) *L.* 8 § 4 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

(o) Schon die Glosse zu *L.* 7 § 4 *C. eod.* und D. Gothofredus in *L.* 8 § 4 *C. cit.* äußern sich in dieser Weise; noch bestimmter aber Kierulff S. 195, welcher den Grund geltend macht, man müßte sonst fälschlich annehmen, in den nicht bezahlten Zinsen liege eine Leugnung der Kapitalschuld. Diese ist niemals zum Anfang der Verjährung nöthig (§ 239), und liegt z. B. auch nicht darin, daß der Käufer unterläßt, das Kaufgeld zu bezahlen. Die richtige Meynung über diesen Punkt hat Thon S. 29—31.

bey zinstragenden Schulden sollen die 30 Jahre für die Klage aus dem contractus (d. h. auf die Kapitalschuld) anfangen, wenn zuerst eine Zinszahlung ausbleibt.

Die aufgestellte Regel bedarf jedoch noch folgender näheren Bestimmungen. Sie ist nur wahr für den Fall eines auf ganz unbestimmte Kündigung gegebenen Darlehens, wie es sich da, wo über das Ende gar Nichts gesagt ist, ohnehin von selbst versteht. Ist dagegen eine Kündigungsfrist ausbedungen, z. B. von Drey Monaten, so fängt die Verjährung der Schuldklage erst Drey Monate nach dem nicht eingehaltenen Zinstermin an, weil selbst im Fall einer ausdrücklichen, in jenem Zeitpunkt ausgesprochenen Kündigung, erst nach Drey Monaten geklagt werden konnte. — Ist für das ganze Darlehen ein bestimmter Zeitraum, z. B. von Zehen Jahren, ausbedungen, so fängt die Verjährung erst am Ende der Zehen Jahre an, selbst wenn früher Zinsen ausgeblieben sind, weil vor jenem Zeitpunkt in keinem Fall das Kapital eingeklagt werden konnte. Es kann aber auch in diesem Fall die Verjährung einen späteren Anfang haben. Ist nämlich der Schuldner nach Ablauf der Zehen Jahre im Besitz des Geldes geblieben und hat fernere Zinsen gezahlt, so liegt darin eine stillschweigende Erneuerung des Darlehens, nun aber auf unbestimmte Kündigung. — Es kann geschehen, daß weder die geleistete, noch die ausgebliebene Zinszahlung bewiesen werden kann, ja daß vielleicht beide Theile über diese Thatsache selbst ungewiß sind, z. B. wenn nach

dem Tode des Glaubigers und des Schuldners die Erben keine Kenntniß von den Geschäften ihrer Erblasser haben, auch keine Urkunden vorfinden. Man möchte glauben, da die Zahlung eine Thatsache sey, so müsse von Anfang an die Nichtzahlung angenommen werden, wenn die Zahlung nicht bewiesen werden könne; dieses wäre sehr hart für den Glaubiger, der wegen der Ungewöhnlichkeit der Gegenquittungen (Note l) sehr schwer den Beweis der empfangenen Zahlung führen kann. In der That aber muß der Schuldner den Beweis führen (p), weil die negative Thatsache der ausgebliebenen Zahlung gesetzlich als Anfangspunkt der Verjährung ausgedrückt ist (Note n). Ja selbst wenn man auf diesen Ausdruck kein Gewicht legen wollte, so würde doch weder für die Zahlung noch für die Nichtzahlung zu präsumiren seyn; dann wäre das Zinsverhältniß gar kein Moment für den Anfang der Verjährung, und der Fall wäre so zu behandeln wie der eines unverzinslichen Darlehens, wobey die erweisliche Kündigung den Anfangspunkt der Verjährung bestimmt (§ 240).

Dem verzinslichen Darlehen ähnlich ist der Pacht- und Miethvertrag. Auch hier ist jede geleistete Miethzahlung Anerkennung der Hauptschuld, also ein Hinderniß für die Verjährung der locati actio. Eben so aber muß auch die unterlassene Zahlung als Anfangspunkt der Verjährung dieser Klage angesehen werden, ganz nach der Ana-

(p) Dieses kann unter andern dadurch geschehen, daß wiederholte Mahnbriefe wegen unterlassener Zinszahlung vorgezeigt werden.

logie der Darlehenszinsen (q). Man könnte dagegen die gesetzliche Bestimmung anführen, nach welcher die locati actio auf Rückgabe der Sache niemals verjähren soll; allein dabey ist augenscheinlich der Fall vorausgesetzt, daß in der Zwischenzeit das Pachtverhältniß selbst auf irgend eine Weise anerkannt worden ist, so daß deswegen die Verjährung auf die Klagen wegen der einzelnen Zahlungen beschränkt bleiben muß (r). — Ist der Pacht- oder Miethvertrag für ein Grundstück auf bestimmte Zeit geschlossen, so tritt folgender Unterschied von dem gleichartigen Geldarlehen ein. Wenn die Zahlung des Pachtgeldes zwey Jahre ausgeblieben ist, so darf der Verpächter den Pächter entsetzen (s); unterläßt er Dieses, so fängt von diesem Zeitpunkt die Verjährung der locati actio an.

Die Emphyteuse ist eigentlich gar keiner Kündigung unterworfen, so daß die unterlassene Zahlung des Canons keinen Einfluß auf die Klagverjährung wegen des Grundstücks selbst zu haben scheint. Allein wenn die Zah-

(q) Eine Bestätigung dieser gleichen Behandlung liegt darin, daß dem Verpächter, eben so wie dem Glaubiger aus einem verzinslichen Darlehen, das Recht eingeräumt wird, eine antapocha zu fordern, so oft er selbst eine Quittung ausstellt. *L.* 19 *C. de fide instr.* (4. 21.), „in praefatis casibus, *vel aliis privatis similibus* ..." s. o. Note l.

(r) *L.* 7 § 6 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.) verb. „vel conductori." — Daß es so ist, folgt unter andern aus *L.* 14 *C. de fundis patr.* (11. 61.), nach welcher selbst bey Patrimonialgütern des Kaisers das ademti canonis beneficium durch Klagverjährung gewonnen werden kann. — Allerdings wird aber die Sache für die locati actio nun verändert durch die im canonischen Recht für Fälle dieser Art geforderte bona fides; davon wird weiter unten die Rede seyn.

(s) *L.* 54 § 1 *L.* 56 *locati* (19. 2.), *L.* 3 *C. eod.* (4. 65.).

lung des Canons und der Steuern Drey volle Jahre unterbleibt, so darf der Erbpächter entsetzt werden (t), und unterbleibt Dieses, so fängt nun die Verjährung der Hauptklage an, indem jetzt die Emphyteuse hierin auf gleiche Linie mit dem Vertrag über Zeitpacht tritt. — Man könnte glauben, diese Klage sey überhaupt aller Verjährung entzogen (u); diese Behauptung aber ist auf dieselbe Weise zu beseitigen, wie es so eben bey dem Zeitpachtvertrag geschehen ist.

2) Verjährung der periodischen Leistungen selbst, die eine accessorische Natur haben.

Wenn die Kapitalforderung durch Verjährung verloren wird, so sind zugleich die Klagen auf alle rückständige Zinsen mit verjährt, selbst wenn diese aus sehr neuer Zeit herrühren sollten (v). Der Grund dieser scheinbaren Anomalie liegt in der accessorischen Natur dieser Leistungen, womit die Verfolgung derselben nach verlorner Hauptklage im Widerspruch stehen würde. Dazu kommt der mehr praktische Grund, daß gerade bey Geldschulden die Klagverjährung auch auf der Präsumtion der Tilgung beruht (§ 237); ist aber wirklich die Tilgung erfolgt, so ist dadurch auch jeder fernere Anspruch auf Zinsen aufgehoben.

Wenn aber die Klage auf die Hauptschuld der Verjährung entzogen ist, z. B. durch erneuerte Anerkennung,

(t) *L.* 2 *C. de jure emph.* (4. 66.).

(u) *L.* 7 § 6 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.) verb. „ei, qui jure emphyteutico rem aliquam .. detinuerit" ... , s. o. Note r.

(v) *L.* 26 *C. de usuris* (4. 32.) Cujacius paratit. in Cod. 7. 39.

so verjährt die Klage auf jeden einzelnen Zinsposten für sich, von der Zeit an, wo derselbe fällig geworden ist; eben so ist es auch bey den Forderungen wegen Mieth- und Pachtgeld (w).

3) Die Klagen auf periodische Leistungen, die keine accessorische Natur haben, wie z. B. die durch Legat gestifteten ewigen Renten, verjähren, eben so wie in dem zuletzt erwähnten Fall, jede für sich, von der Zeit an, worin jede Leistung fällig wurde (x), so daß diese Verjährung auf das Recht im Allgemeinen keinen Einfluß hat. Wenn jedoch der Schuldner das Recht selbst verneint, und deshalb die periodische Leistung unterläßt, so hat der Glaubiger Veranlassung, in seiner Klage auch diese allgemeine Grundlage seiner einzelnen Forderungen geltend zu machen. Unterläßt er nun dennoch jede Klage überhaupt, so geht ihm nach 30 Jahren das Klagrecht auch für alle spätere Leistungen verloren, wie wenn in gleichem Fall von den Zinsen eines Kapitals die Rede gewesen wäre (y).

§ 242.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. b. Ununterbrochene Versäumniß.

Die Versäumniß, worauf das Wesen der Klagverjäh-

(w) *L.* 7 § 6 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

(x) Die *L.* 7 § 6 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.) umfaßt offenbar auch diesen Fall der selbstständigen periodischen Leistungen.

(y) Unterholzner II. § 260.

rung beruht, muß sich durch einen ganzen Zeitraum gleichmäßig hindurch ziehen. Ist sie also in irgend einem, zu jenem Zeitraum gehörenden, Zeitpunkt nicht vorhanden, so ist die Verjährung unterbrochen, und Dasjenige, wodurch bisher der Weg zu ihr gebahnt wurde, ist spurlos vernichtet. Es kann vielleicht später eine neue Verjährung anfangen, diese ist aber von der früher angefangenen ganz unabhängig, und kann an dieselbe auf keine Weise angeknüpft werden.

Die Unterbrechung kann geschehen auf dreyerley Weise: durch Aufhebung der Verletzung, durch Anerkenntniß des Rechts von Seiten des Gegners, durch Anstellung der Klage.

I. Aufhebung der Verletzung.

Sie zerstört immer das bisher bestehende Klagrecht (§ 230), also auch die auf dieses bezügliche Verjährung, so daß künftig nur etwa eine neue, der früheren ähnliche, Klage entstehen kann, deren Verjährung dann aber mit der früheren keinen Zusammenhang hat.

Es ist in dieser Beziehung gleichgültig, ob jene Aufhebung kurz oder lang dauerte; imgleichen ob zugleich der Verletzte den Genuß seines Rechts wieder erhielt oder nicht. Daher ist die Verjährung der Eigenthumsklage gleichmäßig unterbrochen, der Besitz mag wieder an den Eigenthümer zurück gekehrt, oder an einen Dritten durch dessen eigenmächtige Handlung (nicht durch ein Rechtsgeschäft) gelangt seyn.

Die Natur einer solchen Unterbrechung hat bey einer Schuldklage der Fall, wenn der Gläubiger den Besitz der ihm verpfändeten Sache erlangt (a). Man kann diesen Besitz betrachten als den Genuß der Forderung selbst, nämlich ihres Geldwerths, wegen der in dem Pfandrecht enthaltenen Befugniß, das Pfand zu verkaufen, und sich mit dem erlösten Gelde bezahlt zu machen (b).

II. Anerkenntniß des Rechts von Seiten des Gegners; dadurch ist sowohl die Nachlässigkeit des Berechtigten, als die Präsumtion der Tilgung, die aus der bisherigen Versäumniß entstand, aufgehoben, und es kann eine neue Verjährung nur von dem Zeitpunkt des Anerkenntnisses anfangen. Jedoch kann diese wichtige Wirkung nicht jeder blos mündlichen oder schriftlichen Rede, sondern nur einer solchen Handlung beygelegt werden, welche die Natur eines Rechtsgeschäfts hat. Diese Regel läßt sich aus folgenden,

(a) *L.* 7 § 5 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.) „si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas *sine violentia* tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis ..." Es soll stärker wirken, als die Anstellung der Klage, ganz wie eine litis contestatio. — Die Beschränkung in den Worten sine violentia gründet sich darauf, daß der gewaltsame Besitz sogleich wieder durch ein Interdict abgefordert werden kann, ja daß er, nach den neueren Regeln über die Selbsthülfe, den Verlust des Rechts selbst herbey führt.

(b) Donellus Lib. 16 C. 8 § 23. — Wenn der Besitz des Pfandes durch den Willen des Schuldners erworben wurde, oder doch mit dessen Wissen und Duldung, so liegt darin zugleich ein Anerkenntniß der Schuld, also eine Unterbrechung der folgenden Art; dieser Grund der Unterbrechung ist also hier weniger allgemein und durchgreifend, als der oben im Text aufgestellte.

in unsren Rechtsquellen erwähnten, Fällen einer solchen Unterbrechung abstrahiren.

Es gehört dahin die Ausstellung eines neuen Schuldscheins (c); jede Zinszahlung (d); eben so die Zahlung eines Theils der Hauptschuld selbst, vorausgesetzt daß sie als Abschlagszahlung ausdrücklich bezeichnet wird (e); die Bestellung eines früher nicht verabredeten Pfandes (f); die Bestellung eines Bürgen (g); endlich das wiederholte Versprechen einer schon bestehenden Schuld (constitutum) (h).

Wenn sich eine Schuld auf zwey Glaubiger oder zwey Schuldner gemeinschaftlich bezieht (duo rei), so wirkt das von einem der beiden Mitschuldner, oder gegen einen der beiden Mitglaubiger, erklärte Anerkenntniß auf beide zugleich (i).

Dagegen darf die bloße Mahnung des Schuldners als

(c) *L.* 7 § 5 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

(d) *L.* 8 § 4 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.), *L.* 19 *C. de fide instr.* (4. 21.), vgl. oben § 241.

(e) *L.* 5 *C. de duobus reis* (8. 40.).

(f) Dafür beweißt die Analogie des Besitzerwerbes an einem schon bestellten Pfand (Note a); ferner die neu entstandene Hypothekarklage, die dem Schuldner auf einem andern Wege zu derselben Befriedigung hilft, wie die Schuldklage; endlich die Analogie des neuen Schuldscheins (Note c), in Vergleichung mit welchem die Bestellung eines Pfandes eine eben so entschiedene, und nur noch viel wirksamere Anerkennung ist.

(g) Dafür gilt ein Theil der in der Note f bey dem Pfande angeführten Beweise. Ohne Grund bestreitet diesen Satz GIPHANIUS p. 250.

(h) *L.* 18 § 1 *de pec. const.* (13. 5.). Aus diesem Geschäft entspringt eine neue Klage, die constitutoria actio; außerdem aber liegt darin auch die Anerkennung der früheren Obligation, und somit die Unterbrechung der Verjährung.

(i) *L.* 5 *C. de duobus reis* (8. 40.).

Unterbrechung der Verjährung nicht betrachtet werden; eben ſo wenig die Ceſſion, wodurch der Glaubiger ſeine Forderung an einen Dritten überträgt (k). Beides ſind einſeitige Handlungen des Berechtigten, in welchen ein Anerkenntniß von Seiten des Gegners durchaus nicht gefunden werden kann.

III. Die wirkliche Anſtellung der Klage.

Vor Allem iſt hier der eigentliche Zeitpunkt der Unterbrechung genauer zu beſtimmen.

Im früheren Recht war es die Litisconteſtation, weil erſt dieſe die Klage in litem deducirte (l); dieſe Regel war für den Kläger nicht drückend, ſo lange eine Citation als Privathandlung geſtattet, und deren ſicherer und raſcher Erfolg theils durch eine Entſchädigungsklage, theils durch Bürgſchaft geſchützt war.

Fänden wir dieſe Regel unverändert in unſren Rechtsquellen und in unſrer Praxis, ſo würde eine geſetzliche Änderung dringendes Bedürfniß ſeyn, da für den Beklagten Nichts leichter wäre, als durch Verzögerung der Litisconteſtation die Unterbrechung zu verhindern. Allein ſchon im neueren Römiſchen Recht waren andere, den unſrigen ähnliche, Verhältniſſe eingetreten, wodurch folgende neue Beſtimmungen herbeygeführt worden ſind. Anfangs wurde

(k) Unterholzner II. § 262.

(l) *L.* 8 *in f. de fid. et nomin.* (27. 7.), *L.* 9 § 3 *de jurejur.* (12. 2.). Keller Litisconteſtation S. 82. Unterholzner I. § 124. — So war es namentlich auch bey der longi temporis praescriptio. *L.* 10 *C. de praescr. longi temp.* (7. 33.), *L.* 26 *C. de rei vind.* (3. 32.).

die litis denunciatio, ein besonderes Prozeßinstitut der mittleren Zeit, als Unterbrechung der Verjährung angenommen (m). Zuletzt aber ist dafür die in Folge des schriftlichen Klaglibells vom Richter erkannte, und dem Beklagten insinuirte, Citation bestimmt worden, welche auch in unsrer Praxis gilt, und unsren Bedürfnissen völlig entspricht (n). Daß nun Dieses wirklich die Meynung des Justinianischen Rechts ist, könnte man etwa noch bezweifeln nach dem zweydeutigen Ausdruck einer Stelle (o), worin es heißt: quae *in judicium deductae* sunt, et cognitionalia acceperunt *certamina*; allein folgende Stellen lassen keinen Zweifel übrig. Es wird gesagt, die Unterbrechung geschehe etiam per solam *conventionem* (p); ferner: subsecuta *per executorem conventio* (q); dann wird der Besitz des Pfandes der Litiscontestation gleichgestellt, und dabey gesagt: *multo magis* quam si esset *interruptio per conventionem introducta* (r), so daß also hierin die Unterbrechung durch die von der Litiscontestation selbst wörtlich unterschiedene Anstellung der Klage ausdrücklich anerkannt wird. Die entscheidendste Stelle aber enthält folgende Bestimmung (s):

qui obnoxium suum in judicium clamaverit, *et libel-*

(m) Hollweg Handbuch des Prozesses B. 1 S. 249.

(n) Hollweg B. 1 S. 253.

(o) *L.* 1 § 1 *C. de ann. exc.* (7. 40.).

(p) *L.* 7 *pr. C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

(q) *L.* 3 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

(r) *L.* 7 § 5 *C de praescr.* XXX. (7. 39.) vgl. oben Note a.

(s) *L.* 3 *C. de ann. exc.* (7. 40.).

lum conventionis ei transmiserit ... videri jus suum omne *eum in judicium deduxisse, et esse interrupta temporum curricula.*

Hier iſt für die Inſinuation des Klaglibells zweyerley anerkannt: erſtlich, daß dieſelbe alle laufende Klagverjährungen (temporum curricula) unterbreche; zweitens daß in ihr nunmehr die wahre deductio in judicium enthalten ſey. Dieſe letzte Beſtimmung giebt denn zugleich der oben angeführten zweydeutigen Stelle (Note o) ihre ſichere Bedeutung.

Die hier vorgetragene Lehre gilt in der Praxis unzweifelhaft, und hat auch in der Theorie wenig Widerſpruch gefunden (t). Unterholzner hält die eben dargeſtellte Abänderung des älteren Rechts für zweifelhafter als ſie in der That iſt; wegen des praktiſchen Bedürfniſſes will er der Litisconteſtation, die er noch im neueſten Recht als die eigentliche Unterbrechung anſieht, eine rückwirkende Kraft zuſchreiben, und zwar ſogar bis zur Anſtellung der Klage (u). Andere machen einen ganz grundloſen Unterſchied zwiſchen der dreyßigjährigen Verjährung und den früheren; jene ſoll durch die Inſinuation unterbrochen werden, dieſe durch die Litisconteſtation (v).

(t) Glück B. 3 § 236 verwirrt die Sache ſo daß er weder als Anhänger noch als Gegner der hier aufgeſtellten Lehre gelten kann.

(u) Unterholzner I. § 124.

(v) Dahin gehören die älteren Schriftſteller, gegen die ſich GIPHANIUS p. 248. 249 erklärt; in neuerer Zeit Wangerow I. S. 182. Die Veranlaſſung dieſer Meynung liegt darin, daß die älteren Stellen, in welchen die Litisconteſtation als Unterbrechung betrachtet wird, allerdings nur von für-

§. 243.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. b. Ununterbrochene Verſäumniß. (Fortſetzung.)

Es ſind jedoch einige Surrogate zu bemerken, wodurch die Klagverjährung eben ſo ſicher, wie durch die Inſinuation der angeſtellten Klage, unterbrochen werden ſoll.

Wenn Der, gegen welchen die Klage gerichtet werden müßte, durch Abweſenheit, Kindesalter, Wahnſinn unfähig iſt, die Inſinuation ſelbſt zu empfangen, und wenn es zugleich an einem Vertreter deſſelben fehlt, ſo kann der Berechtigte die Verjährung dadurch unterbrechen, daß er die Klagſchrift der richterlichen Obrigkeit, oder wo ihm dieſe nicht zugänglich iſt, dem Biſchoff oder dem Defenſor des Orts übergiebt, oder im Nothfall an dem Wohnort des Gegners öffentlich anſchlägt (a).

Bey Correalklagen iſt es hinreichend, daß Einer klage, oder Einer verklagt werde, um die Verjährung in Be-

zeren Verjährungen reden, weil damals keine andere vorhanden waren. Will man aber jetzt durch dieſe diſtinguirende Vereinigung jenen Stellen eine fortdauernde Gültigkeit verſchaffen, ſo ſteht das im Widerſpruch mit den angeführten, ganz allgemein redenden, Juſtinianiſchen Geſetzen. Auch würde es ganz inconſequent ſeyn, die Unterbrechung der kurzen Verjährungen beſonders zu erſchweren, die gewiß eher eine Erleichterung verdiente, wenn hierin überhaupt ein Unterſchied gelten ſollte.

(a) *L.* 2 *C. de ann. exc.* (7. 40.). Unterholzner I. § 129. Daß im heutigen Recht von dem Defenſor und dem Biſchoff nicht die Rede ſeyn kann, verſteht ſich; es wird aber überhaupt nicht leicht mehr dieſes außerordentliche Hülfsmittel zur Anwendung kommen.

ziehung auf Alle zu unterbrechen (b). — Wenn der Gläubiger die persönliche Klage gegen den Schuldner anstellt, so ist dadurch zugleich die Verjährung der Hypothekarklage unterbrochen, und eben so auch im umgekehrten Fall (c). — Wenn unter denselben Personen mehrere Rechtsverhältnisse streitig sind, und der Klaglibell so unbestimmt ist, daß es ungewiß bleibt, welchen Rechtsstreit er zum Gegenstand hat, so soll die Unterbrechung für alle diese Klagen gelten (d). — Auch ist nicht zu bezweifeln, daß die angestellte Klage auf einen einzelnen Zinsposten zugleich die Verjährung der Kapitalklage unterbricht, da bey diesem beschränkten Rechtsstreit auch das Daseyn der Hauptschuld zur Sprache kommen kann.

Wenn die Parteyen ein Compromiß eingehen, so gilt die Übergabe der schriftlichen Klage vor dem Schiedsrichter als Unterbrechung der Verjährung (e).

Dagegen sind folgende Thatsachen nicht als Unterbrechungen der Verjährung zu betrachten.

Die Anstellung der Klage unterbricht nur für und wider diese bestimmte Personen, und deren Successoren, nicht

(b) *L.* 5 *C. de duobus reis* (8. 40.).

(c) *L.* 3 *C. de ann. exc.* (7. 40.).

(d) *L.* 3 *C. de ann. exc.* (7. 40.). Nach dieser Analogie könnte man annehmen, daß die (ohne Erfolg) angestellte Klage aus dem Besitz zugleich die Verjährung der Vindication unterbreche; Unterholzner I. S. 445 will zwar nicht diese Unterbrechung gelten lassen, wohl aber der Verjährungszeit der Vindication die durch fruchtlose Besitzklage verlorne Zeit hinzurechnen.

(e) *L.* 5. § 1 *C. de rec. arbitris* (2. 56.). Früher war dieser Satz sehr bestritten.

für und wider fremde Personen, zwischen welchen dieselbe, oder eine verwandte Klage angestellt werden könnte. Daher unterbricht die Anstellung der Schuldklage nicht die dem dritten Pfandbesitzer zu gut kommende Verjährung (f).

Die Aufstellung einer Exception unterbricht nicht die Verjährung der aus demselben Rechtsverhältniß abzuleitenden Klage. Zwar wenn die Exception rechtskräftig anerkannt oder verworfen wird, so wird dadurch sehr häufig die Frage nach der Verjährung für dieses Rechtsverhältniß absorbirt seyn (g). Allein der Satz ist wichtig für die Fälle, worin der erste Prozeß liegen bleibt, oder worin der Richter die Exception unentschieden läßt, weil er aus anderen Gründen entscheidet (h).

Die Übergabe der Klagschrift an den Kaiser, wenngleich darauf eine rescriptio erfolgt ist. Diese sollte bey den prätorischen Annalklagen als Unterbrechung gelten, für alle andere Verjährungen, namentlich die dreyßigjährige nicht (i). Für das heutige Recht hat diese Art der Unterbrechung gar keine Bedeutung.

Die vor einem incompetenten Richter angestellte Klage unterbricht die Verjährung nicht (k).

(f) Thon S. 5. Daß es bey Correalklagen anders ist, wurde schon oben bemerkt, Note b.

(g) So z. B. wenn die als Compensation geltend gemachte Forderung als unbegründet verworfen wird, so hat deshalb der Kläger, wenn er später aus derselben Forderung verklagt wird, eine exceptio rei judicatae.

(h) Unterholzner I. § 128.

(i) *L.* 2 *C. quando lib.* (1. 20.), *L.* 3 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.). Unterholzner I. § 130.

(k) *L.* 7 *C. ne de statu* (7. 21.).

Die Wirkung der durch Anstellung der Klage herbey geführten Unterbrechung ist verschieden, je nachdem die Klage zu einem rechtskräftigen Urtheil geführt hat, oder vorher der Rechtsstreit liegen geblieben ist. Im ersten Fall ist das Urtheil allein bestimmend für das Rechtsverhältniß, so daß daneben von der früheren Klage und ihrer Verjährung nicht mehr die Rede ist. Im zweiten Fall war nach kurzer Zeit, durch die von der Klagverjährung ganz verschiedene Prozeßverjährung, das Klagrecht für immer verloren (l). Abgesehen aber von dieser Prozeßverjährung, das heißt wo sie nicht anwendbar war (m), erhielt nunmehr die Klage eine endlose Dauer (n), indem die früher laufende Verjährung zerstört, und eine neue für diesen Fall nicht angeordnet war. Als nun die immerwährenden Klagen überhaupt in dreyßigjährige umgewandelt wurden, war es ganz consequent, die nicht zu Ende geführte Klage nun auch einer dreyßigjährigen Verjährung zu unterwerfen (o).

Hierin hat Justinian folgende wichtige Neuerung eingeführt. Die unbeendigte Klage soll, von der letzten gerichtlichen Handlung an, Vierzig Jahre lang wieder auf-

(l) Gajus IV. § 104, 105.

(m) Also nach ihrer Aufhebung, oder auch, nach Manchen, außer der Stadt Rom, indem sie überhaupt nur in der Stadt gegolten haben soll.

(n) *L.* 139 *pr. de R. J.* (50. 17).

(o) *L. un.* § 1 *C. Th. de act. certo temp. fin.* (4. 14.). Dieser Theil der Stelle ist in der *L.* 3 *C. Just. de praescr.* XXX. (7. 39.) natürlich weggelassen worden, wegen der gleich folgenden Abänderung.

genommen werden können, und erſt am Ende dieſes Zeitraums durch Verjährung verloren ſeyn (p).

Ohne Grund hat man verſucht, die Anwendung dieſes Geſetzes auf mancherley Weiſe zu beſchränken. So ſoll es blos auf perſönliche Klagen zu beziehen ſeyn, bey welcher Behauptung das Misverſtändniß einiger Ausdrücke des Geſetzes zum Grunde liegt (q). — Andere beziehen die vierzig Jahre nur auf den Fall, wenn es bis zur Litisconteſtation gekommen iſt; brach der Prozeß zwar nach der Citation, aber vor der Litisconteſtation ab, ſo ſollen dreyßig Jahre gelten (r). Dieſe Unterſcheidung gehört zu den ganz fruchtloſen Beſtrebungen, die ältere Beſtimmung von der Litisconteſtation mit der neueren von der Citation, als unterbrechender Thatſache, zu vereinigen (s). — Manche wollen die vierzig Jahre nur gelten laſſen für die urſprünglich dreyßigjährigen Klagen; bey den kürzer dauernden Klagen ſollen, von der letzten Prozeßhandlung an, dreyßig Jahre gerechnet werden (t). Dieſe Beſchränkung ſteht im Widerſpruch mit der allgemeinen Vorſchrift des Juſtinia-

(p) *L.* 9 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.) „ex quo novissima processit cognitio." *L.* 1 § 1 *C. de ann. exc.* (7. 40.). Iſt es nicht einmal bis zur Citation gekommen, ſo iſt die Verjährung gar nicht unterbrochen, ſ. o. § 242.

(q) *L.* 9. *C. cit.* „Sed licet *personalis actio* ab initio fuerit instituta, eam *tamen* in quadragesimum annum extendimus." Das bezieht ſich darauf, daß die Hypothekarklage ſchon früher eine vierzigjährige Dauer (auch wenn ſie nicht angeſtellt war) bekommen hatte. Unterholzner I. S. 446.

(r) Donellus Lib. 16 C. 8 § 23.

(s) Vgl. oben § 242. Note v.

(t) Cujacius observ. XVIII. 29, Unterholzner I. S. 447.

niſchen Geſetzes, und muß daher als willkührlich verworfen werden (u). Noch weniger Grund hat es, wenn Manche, bey den urſprünglich vierzigjährigen Klagen, nunmehr funfzig Jahre annehmen wollen (v). Gegen beide abweichende Meynungen ſpricht, außer der uneingeſchränkten Vorſchrift des Geſetzes, noch folgende allgemeinere Betrachtung. Wenn die angeſtellte Klage hinterher liegen blieb, ſo iſt die Lage des Klägers eine ganz andere als die, worin er ſich vor Anfang des Rechtsſtreits befand, ſo daß die Gründe, welche urſprünglich bald kürzere, bald längere Verjährungsfriſten veranlaßten, nun nicht mehr eingreifen. Die nunmehr ganz veränderte Lage des Klägers erhellt beſonders aus der Betrachtung, daß es jetzt gar nicht mehr ermittelt werden kann, wie viel bey der Verzögerung der Sache dem Kläger, wie viel dem Beklagten oder dem Richter zur Laſt fällt. Hierin aber ſtehen alle Klagen einander gleich, ſie mögen urſprünglich eine kurze oder eine lange Verjährungsfriſt gehabt haben, und es iſt daher auch kein Grund vorhanden, unter dieſen neuen Verhältniſſen bey manchen Klagen eine größere Strenge, als bey anderen, gegen den Kläger eintreten zu laſſen.

Dagegen darf in folgenden Fällen der Zeitraum von Vierzig Jahren nicht zur Anwendung gebracht werden:

I. Nach der rechtskräftigen Verurtheilung. Zwar hat es auf den erſten Blick vielen Schein, daß die Lage des

(u) Thibaut Verjährung S. 120. Göſchen I. S. 447. Vangerow I. S. 181.

(v) Dieſer Meynung widerſpricht auch Unterholzner I. S. 446.

Klägers jetzt nicht ungünſtiger werden dürfe, als vor dem Urtheil, wo das Recht des Klägers noch ungewiß war (w). Dennoch müſſen jetzt dreyßig Jahre gelten (x). Denn das rechtskräftige Urtheil enthält der Sache nach eine wahre Novation, da es ſogar den urſprünglichen Anſpruch ganz umbilden kann; es führt auch geradezu den Namen novatio (y). Daher iſt denn auch die urſprüngliche Klage, von deren modificirter Verjährung etwa die Rede ſeyn könnte, gar nicht mehr vorhanden, es iſt eine neue Klage aus dem Urtheil ſelbſt entſtanden, und dieſe iſt der gewöhnlichen Verjährung, wie jede andere Klage, unterworfen. Folgende, mehr practiſche, Betrachtung führt zu demſelben Erfolg. Solange die Sache liegen blieb, konnte der Kläger dadurch entſchuldigt werden, daß er über der Beendigung derſelben ermüdete und daran verzweifelte. Wenn aber Alles zu ſeinem Vortheil klar entſchieden iſt, fällt dieſe Entſchuldigung gänzlich hinweg.

II. Im Fall der Beendigung eines Rechtsſtreits durch Vergleich treten dieſelben Gründe, und ſelbſt noch unzweifelhafter, ein. Denn es iſt jetzt nicht mehr die urſprüngliche Klage vorhanden, der Vertrag iſt ein neuer Rechtsgrund geworden, und die Klage aus demſelben verjährt wie jede andere, in dreyßig Jahren.

III. Der letzte Fall einer Ausnahme von der Regel

(w) Unterholzner I. § 125. S. 444, II. § 267.

(x) Pufendorf T. 1 Obs. 117.

(y) *L.* 3 *pr. C. de usuris rei jud.* (7. 54.).

der vierzig Jahre hat einen weniger allgemeinen Grund, als die eben angeführten Fälle; der Grund desselben ist ein historischer, und ein solcher, der auf die Justizverfassung des deutschen Reichs ein trauriges Licht wirft. Wenn an den Reichsgerichten Prozesse bis zum Spruch geführt, nun aber liegen geblieben waren, so lag es nicht in der Macht des Klägers, den Spruch zu erzwingen. Obgleich nun die Behandlung dieses Gegenstandes bestritten war, so war doch aus einleuchtender Billigkeit die Meynung vorherrschend geworden, daß jetzt gar keine Verjährung, auch nicht die von vierzig Jahren, eintreten dürfe. Nach der Auflösung des deutschen Reichs sind die bey den Reichsgerichten vorräthigen Prozesse an die höchsten Gerichte der einzelnen deutschen Staaten übergegangen. Ein Preußisches Gesetz hat die angeführte Regel ausdrücklich als gültig anerkannt (z).

§. 244.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. c. Bona fides (a).

Möllenthiel Natur des guten Glaubens bey der Verjährung. Erlangen 1820 § 19 — 31 (Ausführliche und gründliche Behandlung dieser Streitfrage).

Wie es sich mit dieser Bedingung der Verjährung im Römischen Recht verhielt, darüber ist kein Streit. Die

(z) Preußisches Gesetz vom 18. May 1839, Gesetzsammlung 1839 S. 175.

(a) Diese Frage ist schon oben kurz berührt worden, B. 3 Beylage VIII. Num. XXIII; hier muß genauer darauf eingegangen werden.

Usucapion erforderte bona fides für den Anfang des Besitzes, nicht für dessen Fortsetzung. Der Klagverjährung an sich war dieses Erforderniß fremd, indem nur auf die Versäumniß des Klägers gesehen wurde. Nur die longi temporis praescriptio schloß sich in ihren Bedingungen ganz an die Usucapion an, so daß auch die bona fides dazu gerechnet werden mußte. Wenn später Justinian auch für den dreyßigjährigen Besitz bona fides forderte (b), so geschah dieses nur, insofern hier der Besitzer auf die Vortheile der Ersitzung Anspruch machen, also über die Klagverjährung hinaus gehen wollte; für diese letzte lag darin gar keine Neuerung. — Auch die longi temporis praescriptio ist als ein selbstständiges Rechtsinstitut aus dem Justinianischen Recht verschwunden, und so kann man sagen, daß im neuesten Römischen Recht die bona fides als Bedingung der Klagverjährung gar nicht mehr vorkommt.

Dieser Zustand des Rechts hat sich bis zu Ende des zwölften Jahrhunderts unverändert erhalten, und Gratian stellt ihn, um die Mitte desselben, so dar, wie wir ihn in den Quellen des Römischen Rechts finden (c).

Wichtige Neuerungen aber wurden eingeführt durch zwey Decretalen, deren wahrer Sinn von jeher in hohem Grade bestritten gewesen ist, und deren Text hierher gesetzt werden soll, soweit er zur Feststellung dieser Lehre nöthig ist (d):

(b) *L.* 8 § 1 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

(c) c. 15. C. 16. q. 3.

(d) Ausführlicher handelt von beiden Stellen Möllenthiel a. a. O., und Unterholzner I. § 92.

C. 5. *X. de praescript.* (2. 26.). Alexander III.

Vigilanti studio cavendum est ... ne malae fidei possessores simus in praediis alienis: quoniam nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se noverit aliena possidere, quum bonae fidei possessor dici non possit ..." (e).

C. 20. *X. de praescript.* (2. 26.) Innocentius III.

Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

In beiden Decretalen iſt die Abſicht einer Änderung des Römiſchen Rechts, und zwar aus ſittlich-religiöſen Gründen, deutlich ausgeſprochen; der Inhalt und Umfang der Neuerung iſt es, worauf ſich Streit und Zweifel beziehen.

Nun ſind darin zwey Abweichungen vom Römiſchen Recht ſogleich erkennbar, und über dieſe iſt kein Streit; erſtlich in den Gegenſtänden, zweytens in der geforderten

(e) Der letzte Theil der Stelle ſagt in der Sache nichts Neues, drückt aber deutlich die Abſicht aus, das Römiſche Recht abzuändern.

Dauer der bona fides. Das Römische Recht erkennt eine Usucapion, wozu auch die bona fides erfordert wird, lediglich bey dem Eigenthum an; bey den Servituten findet sich etwas Ähnliches, nicht Dasselbe, und namentlich an die Stelle der bona fides treten hier andere, obgleich verwandte, Erfordernisse. Hier wird, in den Worten: praescriptio *tam canonica* quam civilis, darauf hingewiesen, daß jetzt neue, aus den kirchlichen Verhältnissen entsprungene, Rechte, eben so wie nach Römischem Recht das Eigenthum (quam civilis), dem Erwerb durch bonae fidei possessio unterworfen sind, wohin die Diöcesanrechte, Zehenten u. s. w. gehören, welche mehr Analogie mit dem Eigenthum haben als die Servituten, großentheils auch mit einem Grundeigenthum, als Accessionen desselben, verknüpft sind (f). Diese erweiterte Anwendung der Ersitzung ist auch nach vielen anderen Stellen unzweifelhaft, aber sie ist nicht hier neu eingeführt; sie war durch Gewohnheitsrecht entstanden, wird aber hier gelegentlich anerkannt, und denselben Regeln, wie die Römische Usucapion, unterworfen.

Die zweyte Abweichung vom Römischen Recht ist hier neu vorgeschrieben, sie ist der augenscheinliche Zweck bei der Decretalen. Die bona fides soll nicht blos im Anfang des Besitzes vorhanden seyn, wie nach Römischem Recht, sondern während der ganzen Dauer desselben. Dieses liegt in den Worten des ersten Gesetzes: *postquam se noverit*

(f) Möllenthiel § 20 S. 113. 115 § 24. 25.

aliena possidere, und noch deutlicher in denen des zweyten: *in nulla temporis parte* rei habeat conscientiam alienae.

So weit iſt kein Streit. Die fernere Frage aber iſt die, auf welche Rechtsinſtitute die zweyte Abweichung bezogen werden ſoll: ob blos auf die Uſucapion, oder auch auf die Klagverjährungen. Nimmt man die erſte Meynung an, ſo beſchränkt man die Neuerung auf den ſo eben angegebenen Inhalt. Nach der zweyten Meynung würde eine fernere Neuerung darin beſtehen, daß die bona fides auch für die Klagverjährung erfordert würde, worin ſie dem Römiſchen Recht fremd iſt, und hier natürlich auch in derſelben ſtrengeren Geſtalt, welche für die Uſucapion unzweifelhaft vorgeſchrieben iſt.

Der leichteren Überſicht wegen habe ich vorläufig nur zwey entgegengeſetzte Meynungen erwähnt; in der That aber hat ſich der Widerſtreit in folgenden Vier Stufen ausgebildet:

1) Jene Decretalen beziehen ſich nur allein auf die Uſucapion (g);

2) Sie beziehen ſich außerdem auch auf die Verjährung der in rem actiones, weiter nicht (h);

3) Außerdem auch auf perſönliche Klagen, jedoch nur wenn dieſe auf Reſtitution einer unrechtmäßig beſeſſenen

(g) Vertheidiger dieſer Meynung: Boden de praescriptione ex solo temporis lapsu procedente Halae 1750 § 13—22. Seuffert Erörterungen Abth. 1 S. 134. Kierulff S. 206—209.

(h) Vertheidiger dieſer Meynung: Giphanius p. 255. 256.

Sache gehen (i), welche Meynung ich für die richtige halte;

4) Außerdem auch auf die übrigen persönlichen Klagen (k), also auf die Klagverjährung überhaupt, in ihrem uneingeschränkten Umfang (l).

Es ist jedoch zu bemerken, daß Viele, besonders aus älterer Zeit, auf diese genauere Abstufung nicht eingehen, ja daß wohl die Meisten sich damit begnügen, über den Gegensatz zwischen der dritten und vierten Meynung zu streiten, von welchem auch sogleich gezeigt werden wird, daß er wichtiger ist, als alle übrigen Gegensätze. Man hat diesen Gegensatz, nicht unpassend, oft so ausgedrückt: ob die bona fides nöthig sey, blos bey der Klage gegen

(i) Also z. B. auf actio commodati, depositi, pignoratitia, locati, wenn diese auf Rückgabe der Sache gerichtet werden, nicht auf Miethgeld, oder Ersatz für einzelne Beschädigungen. — Vertheidiger dieser Meynung, die zum Theil auch die entschiedene Praxis mehrerer Gerichte bezeugen: Wernher obs. for. T. 1 P. 1 obs. 183. (Präjudicien Num. 67 sq.). Böhmer Jus eccl. prot. Lib. 2 Tit. 26 § 52—58. Cocceji Lib. 41 T. 3 quaest. 30. Müllenthiel a. a. O. Unterholzner I. § 92. Göschen § 153.

(k) Also auf alle Condictionen, z. B. aus Darlehen, auf die actio emti, venditi, conducti, mandati, pro socio, die meisten Delictsklagen, kurz auf die allermeisten persönlichen Klagen überhaupt.

(l) Vertheidiger dieser Meynung sind fast alle ältere Praktiker, aber auch neuere Schriftsteller. Lauterbach Lib. 44 T. 3 § 17. Stryk Lib. 44 T. 3 § 2. Struv. exerc. 43 thes. 21. Pufendorf T. 1 Obs. 115. Höpfner § 1182. Hofacker § 870. Thibaut Verjährung S. 82. 106. Pandekten § 1008. (Brauns Erörterungen S. 873.). Es wird von ihnen eine sehr ausgedehnte Praxis, insbesondere auch die der Reichsgerichte, bezeugt.

den debitor rei *alienae*, oder auch gegen den debitor rei *propriae* (m).

Für die erſte Meynung, nach welcher die mitgetheilten Decretalen nur allein auf die Uſucapion bezogen werden ſollen, iſt als eigenthümlicher Grund (n) nur die Behauptung geltend gemacht worden, daß im canoniſchen Recht ſchon der Ausdruck praescriptio lediglich die Uſucapion, nicht die Klagverjährung, bezeichne. Das Wahre hieran iſt, daß allerdings praescriptio, ganz abweichend vom Römiſchen Sprachgebrauch, die Uſucapion mit umfaßt (o); daß aber unter dieſem Ausdruck nur allein die Uſucapion, und gar nicht die Klagverjährung, verſtanden werden ſollte, iſt ſogar faſt unmöglich. Denn Niemand wird behaupten, daß das canoniſche Recht die Klagverjährung nicht auch anerkenne; da es nun ganz ſicher keinen anderen, eigenthümlichen, Ausdruck dafür hat, ſo mußte es wohl den aus dem Römiſchen Recht hergenommenen dafür beybehalten (p). Auch findet ſich eine Decretale von Alexander III., worin jener Ausdruck geradezu auf die Ausſchließung der Klage bezogen wird (q).

(m) Nämlich debitor rei alienae iſt der Depoſitar, weil er eine fremde Sache zurück geben ſoll, debitor rei propriae der Darlehensſchuldner, welcher ſein eigenes Geld, nicht das früher empfangene, bezahlen ſoll.

(n) Die meiſten Gründe, die für jene Meynung geltend gemacht werden, ſollen blos die vierte Meynung widerlegen, ſind alſo der erſten mit der zweyten und dritten Meynung gemeinſchaftlich.

(o) Vgl. oben B. 4 S. 315.

(p) Unterholzner I. S. 12.

(q) *C.* 6 *X. de praescr.* (2. 26.) „... quadragenalis praescriptio *omnem prorsus actionem excludit.*" In dem vorliegenden Fall war freylich von beſeſſenen

Der scheinbarste Grund für jene beschränkte Bedeutung von praescriptio liegt in folgender Stelle der Sammlung von Bonifaz VIII. (r):

Sine possessione praescriptio non procedit.

Da nun dieser Satz nur für die Usucapion allgemein wahr sey, für die Klagverjährung größtentheils nicht wahr, so folge daraus, daß das canonische Recht unter dem Ausdruck praescriptio die Klagverjährung gar nicht mit begreife.

Der ganze Titel des Sextus, woraus jene Stelle herrührt, enthält Rechtsregeln, die fast ganz aus dem Römischen Recht herüber genommen sind, um der Sammlung ein gelehrtes Ansehen zu geben; er ist wahrscheinlich von Dinus verfaßt, welcher Legist, nicht Canonist war (s). Jene Stelle ist entstanden aus folgendem Ausspruch des Licinius Rufinus (t):

Sine possessione usucapio contingere non potest.

Daß hier praescriptio anstatt usucapio gesetzt wurde, kam daher, daß jener Ausdruck dem Ende des dreyzehenten Jahrhunderts, worin der Sextus erschien, weit geläufiger war, als der Ausdruck usucapio. Bey sorgfältiger

Zehenten die Rede, worin die Klagverjährung mit der Usucapion zusammen fiel; allein der Ausdruck der zum Beweis der einzelnen Entscheidung angeführten allgemeinen Rechtsregel geht auf die Verjährung der Klage, und müßte also auch anwendbar seyn auf die wegen dieser Zehenten angestellte locati actio.

(r) *C.* 3 *de reg. juris* in VI.

(s) Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 5 S. 399. 400. 405.

(t) *L.* 25 *de usurp.* (41. 3.).

Überlegung würde sich Dinus gesagt haben, daß nun der Ausdruck zu allgemein sey, indem er z. B. die Verjährung der Darlehensklage ausschließe. Indem man aus der Stelle einen bestimmten und ausschließenden Sprachgebrauch des canonischen Rechts beweisen will, setzt man jene sorgfältige Überlegung, die Abwägung jedes Wortes, voraus; aber jeder Unbefangene wird einräumen, daß durch diese Voraussetzung dem Dinus eine ganz übertriebene Ehre erwiesen wird. Vollends wenn man diese Stelle dazu gebrauchen will, um daraus einen constanten, durch alle Zeiten durchgehenden, Sprachgebrauch des canonischen Rechts zu begründen, wie es geschehen muß, wenn daraus die älteren Decretalen von Alexander III. und Innocenz III. erklärt werden sollen, so ist dieses Verfahren völlig verwerflich. Wir nehmen für die drey Rechtsbücher von Justinian eine gewisse Solidarität an, und nicht ohne Grund, obgleich auch hier nicht ohne Einschränkung, und mehr für den Inhalt der Rechtssätze, als für den Sprachgebrauch(u); aber für die der Zeit nach weit aus einander liegenden Quellen des canonischen Rechts würde eine ähnliche Annahme ganz bodenlos seyn.

Für die zweyte Meynung sind eigenthümliche Gründe nicht vorgebracht worden. Ihr Vertheidiger sucht eigentlich nur die vierte Meynung zu bekämpfen, und in diesem Bestreben trifft er mit den Vertheidigern der dritten zu-

(u) Vgl. oben B. 1 § 43.

sammen, so daß man die zweyte, als eine selbstständige, von der dritten verschiedene, füglich aufgeben kann.

§. 245.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. c. Bona fides. (Fortsetzung.)

Es bleibt also nur noch der Widerstreit der zwey letzten Meynungen zu betrachten übrig, welcher sich in der Frage ausdrucken läßt, ob die bona fides nur allein bey denjenigen persönlichen Klagen erfordert werde, die sich auf Restitution eines Besitzes beziehen, oder auf alle persönliche Klagen überhaupt; oder, nach einem schon oben angewendeten Ausdruck: ob sie blos gegen den debitor rei alienae in Betracht kommt, oder auch gegen den debitor rei propriae.

Diese Differenz der Meynungen ist von der höchsten praktischen Wichtigkeit, ohne Vergleichung wichtiger als die unter den drey ersten Meynungen. Denn die wahre Bedeutung der vierten Meynung kann keine andere seyn als die, daß die Verjährung ausgeschlossen seyn soll, wenn der Schuldner in irgend einem Augenblick das Bewußtseyn der Schuld hatte, indem man nun annehmen müsse, daß er mala fide unterlassen habe, den Glaubiger zu befriedigen. Es ist aber einleuchtend, daß dadurch das höchst wohlthätige Institut der Klagverjährung fast ganz vernichtet wird. Denn alle Schuldner aus Verträgen oder Delicten haben wenigstens im Anfang das bestimmte Bewußt-

seyn ihrer Schuld, und es giebt überhaupt nur sehr seltene Fälle der Obligationen, worin der Schuldner zu allen Zeiten ohne dieses Bewußtseyn geblieben seyn kann. Dahin würden z. B. folgende Fälle gehören: wenn der Erbe durch Codicill zur Entrichtung eines Legats verpflichtet wird, dieser Codicill aber durch Zufall dreyßig Jahre lang verborgen bleibt; oder wenn ein Anderer meine Geschäfte ohne Auftrag besorgt, und dabey Auslagen für mich macht, von welchen ich nichts erfahre; oder wenn bey einem empfangenen Indebitum der Irrthum erst nach Dreyßig Jahren entdeckt wird. Nur in solchen höchst seltenen Fällen würde überhaupt noch von einer Klagverjährung die Rede seyn können.

Die Vertheidiger dieser extremen Meynung führen Drey Gründe für dieselbe an: den allgemeinen Ausdruck der Decretalen, den allgemeinen sittlichen Beweggrund, und die natürliche Billigkeit. Die genauere Betrachtung dieser drey Gründe wird zugleich dazu dienen, die dritte Meynung gegen die Einwürfe zu vertheidigen, die ihr von den Anhängern der ersten und zweyten gemacht werden.

1) Der Ausdruck der Decretalen lautet allerdings sehr allgemein, und es heißt darin namentlich: *nulla* praescriptio. Allein in beiden Decretalen ist doch stets nur von Besitzern fremder Sachen die Rede, so wie von der conscientia rei alienae, welche Ausdrücke unmöglich von nicht zahlenden Schuldnern gebraucht werden können. Auf eben dieselbe Beschränkung führt auch schon der aus dem

Römischen Recht entlehnte Ausdruck mala fides, mit seinem Gegensatz, der bona fides. Denn diese Ausdrücke bezeichnen bey den Römern nicht etwa die Redlichkeit oder Unredlichkeit in jeder möglichen Anwendung, sondern nur in der besondern Anwendung auf den unredlichen Besitz; wo aber in anderen Anwendungen das unredliche Bewußtseyn bezeichnet werden soll, da wird regelmäßig der Ausdruck dolus gebraucht.

Nur durch Misverständniß könnte man versuchen, diese Gründe auch gegen die dritte Meynung geltend zu machen, indem in den Fällen, worauf sie die Nothwendigkeit der bona fides bezieht, oft gar kein juristischer Besitz (mit animus possidendi) vorhanden seyn wird. Allein dessen Daseyn ist auch ganz gleichgültig; denn gerade in der Lehre von der Eigenthumsklage, worin doch vorzugsweise die Unterscheidung der b. f. und m. f. possessores von großer Wichtigkeit ist (a), wird der Ausdruck possessor in der größten Ausdehnung genommen, so daß er da auch die bloße Detention, ohne animus possidendi, mit umfaßt (b).

Von einer andern Seite dagegen darf allerdings der Ausdruck conscientia rei *alienae* nicht zu eng aufgefaßt werden, indem man darunter ausschließend das Bewußtseyn des fremden Eigenthums verstehen möchte, so daß das unredliche Bewußtseyn über des Gegners Pfandrecht, Emphyteuse, Interdictenbesitz u. s. w. gleichgültig wäre. Es ist aber vielmehr jede, irgend ein Besitzverhältniß des

(a) *L.* 22 *C. de rei vind.* (3. 32.). (b) *L.* 9 *de rei vind.* (6. 1.).

Beklagten betreffende, Unredlichkeit, das heißt die sich auf eine an ihn geforderte Restitution bezieht, unter jenem Ausdruck zu verstehen (c).

2) Der in den Decretalen ausgedrückte sittliche Beweggrund, die Sorge für die Abwendung der Sünde, die in allen solchen Fällen dieselbe sey.

Gerade dieses Letzte aber muß gänzlich verneint werden, da in beiden Fällen die Lage des Beklagten wesentlich verschieden ist. Wenn eine Schuld unbezahlt bleibt, so wird Dieses in unzähligen Fällen geschehen ohne allen bösen Willen; oft aus wirklicher oder vermeyntlicher Connivenz von Seiten des Glaubigers, oder weil der Schuldner jetzt kein Geld vorräthig hat (wobey gar nicht immer an Armuth und Insolvenz zu denken ist), oder indem eine übergebene Rechnung verlegt und dann vergessen wird. In allen diesen Fällen kann zu keiner Zeit eine Unredlichkeit und Sünde behauptet werden; ganz anders bey dem abgeforderten Besitz, dessen Unrechtmäßigkeit dem Besitzer bekannt ist, und dessen Restitution ihm nicht wohl aus zufälligen Gründen unmöglich seyn wird. Hier sind die Fälle der Schuldlosigkeit eben so selten, als sie dort häufig vorkommen werden.

Dagegen liegt in dem angeführten sittlichen Motiv ein

(c) Göschen § 153. Für diese Behauptung beweißt der ganze Zusammenhang der Stellen, welcher wichtiger ist als der ganz einzelne Ausdruck aliena, obgleich dieser mehrmals vorkommt. Als Bestätigung kann auch dienen *L.* 7 *C. de rebus alienis* (4. 51.), worin der Ausdruck alienatio gleichfalls auf die freyeste Weise ausgelegt wird.

wichtiger Grund, der dritten Meynung vor der ersten und zweyten den Vorzug einzuräumen. Denn wenn z. B. der Miether gegen die locati actio die Verjährung geltend macht, obgleich er irgend einmal wußte, daß er die Sache heraus geben müsse, so ist sein Verhalten völlig eben so sündlich, als wenn ein unredlicher Besitzer usucapiren, oder die Vindication des Eigenthümers durch Klagverjährung entkräften will; alle diese Fälle stehen, sittlich betrachtet, ganz auf gleicher Linie. Es wäre aber eine unbegreifliche Beschränktheit des Pabstes gewesen, die Seele des Besitzers in einem dieser Fälle durch sein Gesetz retten zu wollen, in dem andern ganz ruhig verloren gehen zu lassen; ja es würde Niemand den kleinlichen Gedanken ertragen können, als dürfte in einem solchen sittlich religiösen Verhältniß, der juristischen Klassifikation der Klagen irgend ein Einfluß eingeräumt werden.

3) Die natürliche Billigkeit wird von den Anhängern der vierten Meynung so verstanden, daß alle Verjährung ein Institut des positiven Rechts, also dem Naturrecht entgegen sey.

Allein die allerdings positive Natur der Verjährung darf uns nicht hindern, sie für ein höchst wohlthätiges Rechtsinstitut anzuerkennen, und nicht bestimmen, ihre wohlthätige Wirksamkeit durch grundlose Einschränkungen zu schwächen, ja fast zu vernichten.

Ganz entscheidend aber gegen die vierte Meynung ist die Vergleichung derselben mit den allgemeinen Gründen,

wodurch die Einführung der Verjährung bewirkt worden ist. Unter diesen nimmt die Präsumtion der Tilgung eine besonders wichtige Stelle ein (§ 237). Sie ist ganz vorzüglich anwendbar auf die Fälle, worin die vierte Meynung die Nothwendigkeit der bona fides (im Widerspruch mit den drey ersten Meynungen) behauptet, da in diesen Fällen meistens von Geldschulden die Rede seyn wird, worauf sich jene Präsumtion vorzugsweise bezieht. Wenn nun etwa nach mehr als 30 Jahren eine Kaufmannsrechnung eingeklagt wird, so wird vielleicht durch alte Briefe bewiesen werden können, daß der Beklagte Anfangs diese Schuld gekannt hat; dadurch aber wird durchaus nicht die Wahrscheinlichkeit vermindert, daß diese Rechnung in so vielen Jahren irgend einmal bezahlt seyn werde. Ja man kann sogar bestimmt behaupten, daß Diejenigen, welche die Nothwendigkeit der bona fides bey allen Klagen behaupten, die Präsumtion der Tilgung als Grund der Verjährung eigentlich ganz aufgeben. Denn die Tilgung einer Schuld geschieht, mit sehr seltenen Ausnahmen, durch freywillige Handlungen des Schuldners (d), diese nun sind nicht möglich ohne Bewußtseyn der Schuld, wodurch aber nach jener Meynung, die Verjährung gehindert werden soll. — Ganz anders verhält es sich mit den

(d) Allerdings kommen auch Tilgungen ohne Handlungen des Schuldners, selbst ohne dessen Bewußtseyn vor, z. B. wenn ein Anderer für ihn zahlt, ohne es ihm auch nur hinterher anzuzeigen, oder wenn der Schuldner ohne sein Wissen eine Gegenforderung erwirbt; aber diese Fälle sind so selten, daß sie gar nicht in Betracht kommen können.

Klagen auf Restitution des Besitzes, worauf die ersten Meynungen das Erforderniß der bona fides beschränken. Daß hier eine unmittelbare Tilgung nicht Statt gefunden hat, erhellt aus dem noch jetzt in den Händen des Beklagten befindlichen Besitz; eine indirecte Tilgung aber, etwa durch Geldabfindung, würde ein neues Rechtsgeschäft voraussetzen, für dessen Annahme unmöglich eine ähnliche Präsumtion behauptet werden kann, wie für die Annahme der in der natürlichen Entwicklung der Geldschulden liegenden baaren Zahlung.

Die hier aufgestellte Behauptung ist noch durch folgende nähere Bestimmungen zu ergänzen.

Das Daseyn des redlichen Bewußtseyns wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein Rechtsirrthum zum Grund liegt (e).

Man hat früher über die Frage gestritten, ob die Klagverjährung auch dadurch gestört werde, daß nach Ablauf der Verjährungszeit das Bewußtseyn des fremden Rechts eintrete (f). In neueren Zeiten aber ist allgemein anerkannt worden, daß dieser Umstand die Wirkung der Klagverjährung nicht hindere (g). Der Grund liegt darin, daß die Verjährung selbst ein neues Recht erzeugt, oder wenigstens erzeugen kann, weshalb nun jeder Gedanke in Be-

(e) Vgl. oben B. 3 Beylage VIII. Num. XXIII.

(f) Gilken de usucap. P. 2 Membr. 3 C. 8 unterscheidet ganz willkührlich zwischen einer Verjährung aus causa lucrativa oder onerosa.

(g) Giphanius p. 258. Müller ad Leyser. Obs. 726. Müllenthiel S. 120.

ziehung auf das frühere Rechtsverhältniß gleichgültig ist. Ganz verschieden von der späteren mala fides ist es, wenn durch ein neues Rechtsgeschäft auf die Vortheile der Verjährung verzichtet wird; von der Wirkung eines solchen Vertrags wird weiter unten die Rede seyn (h).

Der hier widerlegten vierten Meynung liegt jedoch eine relative Wahrheit zum Grunde, die nun noch anerkannt werden muß. Wenn ein Geldschuldner nicht blos weiß, daß er Schuldner ist, sondern durch unredliche Handlungen den Ablauf der Verjährung herbey führt, indem er etwa den Glaubiger durch täuschende Versicherungen von der Klage abhält, so kann man, blos auf den materiellen Erfolg gesehen, sagen, daß die Verjährung durch mala fides gehindert werde. Genau richtig aber ist dieser Ausdruck nicht; vielmehr muß man behaupten, daß die frühere Klage durch Ablauf der Verjährung wirklich verloren worden ist, daß jedoch der vorige Glaubiger durch eine ganz neue Klage, die doli actio, vollständige Entschädigung erlangen kann (i).

§. 246.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. c. Bona fides. (Fortsetzung.)

In der Reihe der Meynungen, welche das Erforderniß der bona fides betreffen, ist bisher eine nicht erwähnt

(h) So behandelt die Sache auch das Preußische allg. Landrecht I. 9 § 564.

(i) *L.* 1 §. 6 *de dolo* (4. 3.) „ .. nisi *in hoc* quoque dolus malus admissus sit, *ut tempus exiret.*"

worden, welche von allen im § 244 und 245 geprüften wesentlich abweicht, auch an sich gar keine Aufmerksamkeit verdienen würde, und nur zufällig eine gewisse Bedeutung erlangt hat.

Rave handelt zuerst von den oben dargestellten entgegengesetzten Meynungen, die er wohl kennt, und erklärt sich zuletzt ganz entschieden für die vierte Meynung, nach welcher bey allen persönlichen Klagen ohne Unterschied die mala fides ein Hinderniß der Verjährung seyn soll (a). Dann aber giebt er plötzlich der Sache folgende unerwartete Wendung (b). Die Klagverjährung, sagt er, bewirkt nur eine sehr starke Präsumtion der Tilgung. Wenngleich also die eigenhändige Urkunde des Schuldners vorgebracht wird, so ist dadurch die Vermuthung nicht entkräftet, daß in der langen nachfolgenden Zeit die Schuld getilgt seyn werde. Diese Vermuthung wird nur durch den, zwey Thatsachen zugleich umfassenden, Beweis des Klägers entkräftet: erstlich, daß die Schuld wirklich noch fortdaure, also nicht getilgt sey, zweytens daß der Schuldner Dieses wisse (c). Hierin soll der Beweis der mala fides liegen, die der Richter aus den Umständen zu erkennen habe, unter andern aus folgenden Thatsachen: aus dem außergerichtlichen Geständniß, aus dem Versuch die Beweisurkun-

(a) Rave § 19. 93. 131. 132.

(b) Rave § 133.

(c) Rave l. c. „Magis itaque requiritur etiam hoc, ut actor probet, *scire reum, hanc obligationem nondum esse extinctam, sed iisdem terminis adhuc post hos triginta annos durare, quibus antea incepit.*"

den zu unterdrücken, endlich aus Mittheilungen, die er darüber von anderen Personen empfangen haben kann.

Es ist nicht leicht, sich aus dieser Confusion der Begriffe heraus zu finden. Zuerst giebt Rave die von ihm ausführlich vertheidigte Lehre von der zu allen Klagverjährungen nöthigen bona fides in der That auf, indem er der eigenhändigen Schuldurkunde die Wirksamkeit versagt; denn aus dem Daseyn dieser Urkunde folgt unwidersprechlich, daß der Schuldner, wenigstens Anfangs, das Bewußtseyn der Schuld gehabt hat, und darin eben liegt für Fälle dieser Art die mala fides, so wie sie alle Andere verstehen. Wie er hinterher die mala fides wieder einzuschwärzen sucht, wird sogleich gezeigt werden. — Ferner verwandelt er die Präsumtion der Tilgung, die blos ein legislatives Motiv ist, und selbst als solches nur eine eingeschränkte Wahrheit hat (§ 237), in die praktische Natur der Verjährung selbst, wodurch die Art und der Umfang ihrer Wirkung bestimmt werden soll, welches ein völlig grundloses Verfahren ist. Wollte er aber diese Auffassung consequent durchführen, so mußte er die Bedingung der bona fides ganz fallen lassen, und den zugelassenen Gegenbeweis lediglich auf die wirkliche Fortdauer der Schuld, das heißt auf ihre Nichttilgung richten, wodurch allerdings die Präsumtion entkräftet seyn würde. Freylich würde für diese negative Thatsache kaum ein anderer Beweis versucht werden können, als die Eidesdelation, und deren Anwendung würde hier mannichfaltige

Bedenken haben. — Allein Rave wollte nun auch noch die mala fides anbringen, für deren allgemeine Wirksamkeit er sich, vielen älteren Schriftstellern folgend, ausgesprochen hatte. Er verlegte daher diese in die Zeit nach abgelaufener Verjährung, wohin sie gar nicht mehr gehört, und vereinigte sie mit der Widerlegung der Präsumtion der Tilgung in der Art, daß dieselben Thatsachen dazu dienen sollten, zugleich die Nichttilgung, und das unredliche Bewußtseyn, zu erweisen. Alle diese von ihm beyspielsweise angeführte Thatsachen aber sind dazu durchaus nicht genügend. Das außergerichtliche Geständniß beweißt nur die Meynung des Beklagten über Fortdauer der Schuld, welche aber irrig seyn kann, so daß die wirkliche Tilgung daneben dennoch möglich, also die durch die lange Zeit begründete Präsumtion nicht widerlegt ist. Mit der versuchten Zerstörung der Beweisurkunden für die Entstehung der Schuld verhält es sich eben so; auch wird der Schuldner, welcher sich von Rave's Theorie durchdrungen hat, nicht so thöricht seyn, durch einen solchen Versuch Verdacht zu erregen, da ja das Daseyn der unversehrten Urkunden die Präsumtion der Tilgung nicht entkräften soll. Endlich die Mittheilung fremder Personen kann gewiß noch weniger bewirken, als das eigene Geständniß des Schuldners.

So erscheint also diese ganze Lehre von allen Seiten unhaltbar und inconsequent. Kein neuerer Schriftsteller ist darauf eingegangen, und es würde keine Veranlassung

gewesen seyn, hier davon mehr als im Vorübergehen Meldung zu thun, wenn sich nicht eine sehr bedeutende praktische Wirksamkeit daran geknüpft hätte, woran gewiß jener Schriftsteller am wenigsten gedacht hat.

Das Preußische Allgemeine Landrecht nimmt zweyerley Verjährung an: durch Besitz und durch Nichtgebrauch. Die erste umfaßt die Römische Usucapion, aber auch zugleich die auf dem Besitz beruhenden Fälle der Römischen Klagverjährung: die zweyte enthält unter andern, aber als den wichtigsten Bestandtheil, diejenigen Fälle der Römischen Klagverjährung, wobey von einem Besitz des Beklagten gar nicht die Rede ist, also gerade die Fälle, für welche nach der oben dargestellten vierten Meynung die bona fides nöthig seyn soll, anstatt daß die anderen Meynungen sie hier nicht erfordern (d).

Bey der Vorbereitung des Landrechts gieng Suarez von folgenden klar und bestimmt gedachten Sätzen aus. Die Verjährung durch Nichtgebrauch ist bloße Strafe der Nachlässigkeit des Berechtigten (e); daher kommt es hier auf das Verhalten des Schuldners, also auch auf dessen bona fides, gar nicht an (f). Es war eine Folge dieser Ansicht,

(d) Diese allgemeinen Begriffe der Verjährung und ihrer zwey Hauptarten erhellen aus: A. L. R. I. 9 § 500 — 503. Die besondere Lehre von der Verjährung durch Nichtgebrauch steht § 535 fg., die von der Verjährung durch Besitz § 579 fg.

(e) Simon und Strampff Zeitschrift des Preuß. Rechts B. 3 S. 421. 482. 512.

(f) Ebendas. S. 426. 508. 527. 532.

daß der gedruckte Entwurf des Gesetzbuches die bona fides ganz mit Stillschweigen übergieng.

Als Suarez über die vielen eingegangenen Erinnerungen zu jenem Entwurf einen Vortrag an den Großcanzler Carmer hielt, zur Vorbereitung für die definitiven Redaction, gieng er einen Schritt weiter, und trug auf eine ausdrückliche Bestimmung an, wodurch die bona fides für nicht erforderlich erklärt werden sollte (g). Unglücklicherweise aber muß Carmer das Buch von Rave gelesen, und davon einen tiefen Eindruck empfangen haben; denn hinter jenem Antrag bemerkt Suarez eine entgegengesetzte Entscheidung in folgenden Worten:

„Conclusum. Es findet der Beweis statt, daß der Verpflichtete gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden (Verbindlichkeit) der Erfüllung seiner Verbindlichkeit sich entziehen wolle."

Hieraus sind nun folgende Stellen unsres Landrechts hervorgegangen:

Th. 1 Tit. 9 § 568. Die vollendete Verjährung durch Nichtgebrauch wirkt die rechtliche Vermuthung, daß die ehemals entstandene Verbindlichkeit in der Zwischenzeit auf eine oder die andere Art gehoben worden.

§ 569. Diese Vermuthung kann nur durch den voll-

(g) Ebendas. S. 532, aus Vol. 71 num. 42 fol. 71 v. der handschriftlichen Materialien. Die von ihm vorgeschlagenen §§ lauten so: „Die vollendete Verjährung durch Nichtgebrauch wirkt eine gänzliche Befreiung des Verpflichteten von seiner bisherigen Verbindlichkeit. Diese Wirkung wird durch den Einwand, daß der Verpflichtete seine Verbindlichkeit gewußt habe, nicht gehindert."

ſtändigen Beweis, daß der andere unredlicher Weiſe, und gegen beſſeres Wiſſen von ſeiner noch fortwährenden Verbindlichkeit, ſich der Erfüllung derſelben entziehen wolle, entkräftet werden.

In dieſen Worten ſollte augenſcheinlich die Lehre von Rave ausgedrückt werden (h). Die Aufnahme derſelben wäre, bey ihrer gänzlichen Unhaltbarkeit, unter allen Umſtänden ein Übel geweſen; ſie war es aber in noch höherem Grade, da dieſe Stellen unvorbereitet, wie ein fremder Körper, eingeſchoben wurden, während die Bearbeitung der ganzen übrigen Verjährungslehre von anderen Anſichten ausgeht (i).

Daß nun in dieſer Stelle nicht die mala fides in dem gewöhnlichen Sinne, nämlich das während der laufenden Verjährung irgend einmal vorhandene Bewußtſeyn der

(h) Wollte man hieran noch zweifeln, ſo würde man überzeugt werden durch folgende Bemerkung von Suarez, womit er jene §§. (damals mit den Nummern 573. 574.) im verſammelten Staatsrath vortrug (Simon u. Strampff a. a. O., S. 580, genommen aus den Materialien Vol. 88. fol. 48): „Nach der Praxis wird zwar, ſobald die Friſt abgelaufen iſt, nach der b. f. nicht mehr gefragt; der Theorie aber iſt dieſes nicht gemäß. Denn lapsus temporis begründet nur eine praesumtionem juris für den Präſcribenten, welche den Beweis des contrarii niemals ausſchließt". Die letzten Worte ſind faſt ganz überſetzt aus dem Schluß von *Rave* § 132. — Suarez trat hier als Organ des Großkanzlers auf, trug alſo deſſen theoretiſche Meynung vor, nicht ſeine eigene.

(i) Die hieraus für die Wirkung der Verjährung hervorgehenden Zweifel und Widerſprüche werden unten bemerkt werden. Zu dem oben § 245. h. angeführten Satz des A. L. R. paßt die neue Beſtimmung nicht. Es findet ſich vielleicht nur noch eine einzige andere Stelle, worin auf die beiden oben abgedruckten §§. Beziehung genommen wird, nämlich A. L. R. I. 20 § 245.

Schuld, für ein Hinderniß der Verjährung erklärt werden soll, ist einleuchtend; denn es wird hier, ganz übereinstimmend mit Rave, die hindernde Unredlichkeit in die gegenwärtige Zeit, die Zeit des über die Verjährung geführten Rechtsstreits, welcher nur nach Ablauf der von dem Schuldner behaupteten Verjährung denkbar ist, gesetzt. Auch folgt Dieses aus der andern Vorschrift des Landrechts, nach welcher selbst dem rechtskräftig verurtheilten Schuldner der Anfang einer neuen Verjährung durch Nichtgebrauch gestattet wird (k), in welchem Fall der Schuldner ganz unfehlbar das Bewußtseyn des Daseyns einer Schuld gehabt haben muß. Endlich folgt es auch schon daraus, daß der § 568 die Präsumtion der Tilgung geradezu für das Wesen der Verjährung erklärt; da nun die Tilgung fast nie ohne das Bewußtseyn des Schuldners von dem Daseyn der Schuld geschieht (§ 245. d), so kann nicht das Landrecht dieses Bewußtseyn für ein Hinderniß der Verjährung ansehen.

Welches aber der eigentliche Sinn der Stelle ist, und wie sie zur Anwendung gebracht werden soll, das ist nicht so leicht zu sagen. Die erfahrensten Praktiker, die ich darüber befragte, haben mir die verschiedensten Antworten gegeben; darin aber waren sie Alle einverstanden, daß jene Stelle nicht häufig zur Anwendung komme, nur unnöthige

(k) A. L. R. I. 9 § 558. Bey der Verjährung durch Besitz ist gerade das Gegentheil vorgeschrieben, eben weil hier bona fides erfordert wird; I. 9 § 592.

Zweifel errege, und besser nicht vorhanden wäre. Damit stimmen auch die meisten Schriftsteller überein; sie suchen der Stelle den Sinn unterzulegen, daß die Verjährung ausgeschlossen werde durch unredliche Handlungen des Schuldners, wodurch er die Anstellung der Klage verhindere, also den Ablauf der Verjährung selbst herbey führe (l). Diese Behauptung ist, was den praktischen Erfolg betrifft, unbedenklich zuzugeben, und auch schon im Römischen Recht als wahr anerkannt (§ 245. i); aber in der bestrittenen Stelle des Landrechts ist dieser Satz nicht enthalten. Denn der Dolus, an welchen jene Schriftsteller denken, fällt immer wieder in die Zeit der noch laufenden Verjährung, anstatt daß die Stelle des Landrechts die hindernde Unredlichkeit in die spätere Zeit versetzt. — Ein einziger Schriftsteller hat jene Stelle des Landrechts, jedoch nur theilweise, in Schutz genommen, ihr aber zugleich einen Sinn untergelegt, der nicht wohl darin gefunden werden kann (m).

(l) Rönne Anmerk. zu Klein's Preuß. Civilrecht B. 1 § 222 (1830). Temme Preuß. Civilrecht § 346 (1832). Thöne Preuß. Privatrecht B. 2 § 299. 300 (1835). In demselben Sinn sprach sich im J. 1789 die Gesetzcommission aus (Klein's Annalen B. 6 S. 311); zur Interpretation des weit neueren Landrechts kann dieser Ausspruch natürlich nicht benutzt werden.

(m) Bornemann Preuß. Civilrecht B. 2 § 120. 128. 129. (1834). Er wendet eine bisher ganz unbekannte, auch dem Sinn des Landrechts fremde, Distinction an, zwischen Obligationen aus einem speciellen Titel (wie Kauf oder Darlehen) und aus einem allgemeinen Rechtsgrund (wie Gewähr für Fehler einer erkauften Sache, oder Beschädigung); bey den letzten soll die bona fides nicht nöthig seyn, wohl aber bey den ersten, jedoch auch hier in einem ganz andern Sinn, als sie bis jetzt allgemein verstanden worden ist. Ich halte diese Unter-

In den gedruckten Vorarbeiten zur Gesetzrevision wird darauf angetragen, ausdrücklich zu erklären, daß die bona fides kein Erforderniß der Klagverjährung sey. — Bey Gelegenheit des Preußischen Gesetzes über kürzere Verjährungsfristen (§ 239. t) war davon die Rede, die §§. 568. 569. schon jetzt, vor der vollendeten Revision, aufzuheben, ohne etwas Anderes an ihre Stelle zu setzen. Es unterblieb blos deswegen, weil diese §§. zugleich die Wirkung der Verjährung angeben, worüber nicht ohne eine erschöpfende Erwägung aller Beziehungen dieses Rechtsinstituts entschieden werden kann; über die gänzliche Verwerflichkeit jener Stelle zeigte sich durchaus keine Verschiedenheit der Meynungen.

Das Französische Gesetzbuch behandelt diesen Gegenstand auf etwas durchgreifende, aber einfache und praktische Weise. Bey der regelmäßigen, dreyßigjährigen Klagverjährung soll es auf bona fides gar nicht ankommen (n). Bey den besonderen, kurzen Verjährungsfristen kann der Glaubiger dem Schuldner den Eid über wirklich geleistete Zahlung zuschieben (o). Hier wird also geradezu die Präsumtion der Tilgung als einziger Grund und Bedingung der Klagverjährung angenommen, wodurch die Frage nach

scheidung in der Theorie für unbegründet, praktisch kaum durchzuführen, und kann nicht glauben, daß sie von Anderen überzeugend gefunden werden wird. — Übrigens bezeugt er, daß das Kammergericht von jeher gar keine bona fides zur Klagverjährung gefordert habe.

(n) Code civil art. 2262.

(o) Code civil art. 2275.

der Redlichkeit gewissermaßen umgangen oder absorbirt wird. Bey so kurzen Fristen, wobey die Erinnerung meist bestimmte Auskunft geben wird, ist diese Bestimmung ausführbar, bey langen Fristen würde sie unsichere und oft harte Erfolge herbey führen.

§. 247.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Bedingungen. d. Ablauf der Zeit.

Die regelmäßige Zeit, welche zur Vollendung der Verjährung erfordert wird, beträgt dreyßig Jahre (§ 238).

Von dieser Regel giebt es eine große Zahl von Ausnahmen für einzelne Klagen, welche meist weniger, selten mehr als dreißig Jahre dauern; diese gehören dem speciellen Theile des Rechtssystems an. Hier aber sind diejenigen Ausnahmen darzustellen, welche eine allgemeinere Natur haben, also ganze Klassen von Klagen umfassen, und daher keine eigenthümliche Stelle an irgend einem Punkte des speciellen Systems finden können.

I. Longi temporis praescriptio von Zehen oder Zwanzig Jahren. Sie hat eine umfassende Natur, indem sie sich auf alle speciales in rem actiones bezieht, das heißt auf alle Klagen, die aus dinglichen Rechten entspringen. Sie kann hier nicht dargestellt werden, sondern nur im Zusammenhang mit der Usucapion, mit welcher sie durch ihre Entstehung und Ausbildung unzertrennlich verbunden ist.

II. Die prätorischen Klagen.

Gajus und die Institutionen stellen die Sache so dar, als gelte für alle diese Klagen die einjährige Verjährung als Regel, wovon es nur einzelne Ausnahmen gebe (a). Nach der genaueren Angabe des Paulus und Ulpian gilt die Regel nur für die Pönalklagen aus dem Edict, nicht für die das Vermögen erhaltenden Klagen (b). Noch specieller ist Dieses dahin zu bestimmen, daß sowohl die einseitigen als die zweyseitigen Strafklagen der einjährigen Verjährung unterworfen sind (c). Daher sind einjährig die doli actio (d), desgleichen die possessorischen Interdicte (e), obgleich diese Klagen niemals den Kläger bereichern, jedoch oft den Beklagten, wie durch eine Strafe,

(a) Gajus IV. § 110. 111, *pr. J. de perpetuis* (4. 12.). Als Ausnahmen werden hier genannt: die Klagen des prätorischen Erben (gegen die Schuldner des Erblassers) und die actio furti manifesti. Diese letzte ist eine wahre Ausnahme von der richtig gefaßten Regel, und beruht als Ausnahme auf gutem Grunde. — Vgl. über die Verjährung der prätorischen Klagen Unterholzner I. § 12, II. § 269. 270. 272.

(b) *L.* 35 *pr. de O. et A.* (44. 7.), *L.* 3 § 4 *nautae* (4. 9.), *L.* 21 § 5 *rer. amot.* (25. 2.).

(c) Offenbar unrichtig sagt Paulus in *L.* 35 *pr. cit.*, nachdem er die Regel aufgestellt hat, die prätorischen Klagen auf rei persecutio seyen perpetuae: „Illae autem rei persecutionem continent, *quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.*" Wäre diese Bestimmung richtig, so müßten die einseitigen Strafklagen perpetuae seyn, die doch in der That einjährig sind (Note d. e.)

(d) Nämlich nach dem prätorischen Edict; später wurde dieser annus utilis in ein biennium continuum verwandelt. *L.* 8 *C. de dolo* (2. 21.). — Die einjährige Verjährung der Injurienklage (*L.* 5 *C. de injur.* 9. 35.) ist gleichfalls eine reine Anwendung der allgemeinen Regel, bezieht sich aber auf eine zweyseitige Strafklage.

(e) *L.* 1 *pr. de vi* (43. 16.), *L.* 1 *pr. uti poss.* (43. 17.)

poſitiv ärmer machen. — Vielleicht die einzige wahre Ausnahme der ſo gefaßten Regel findet ſich bey der actio furti manifesti (Note a). Die von Paulus angedeutete zweyte Ausnahme, wenn die publiciana actio auf der Reſtitution gegen eine vollendete Uſucapion gegeben wird (f), kann als Ausnahme nicht zugegeben werden. Denn hier bezieht ſich die Verjährung gar nicht auf die Klage, ſondern auf die von einer Klage ganz verſchiedene Reſtitution; bey dieſer aber iſt die einjährige Verjährung ſtets wirkſam, ohne Unterſchied ob die Reſtitution zu einer Klage, oder einer Exception, oder irgend einem anderen Rechtsverhältniß den Weg bahnen ſoll.

Man könnte zweifeln ob die einjährigen Verjährungen, eben ſo wie die längeren, unter der Form einer Exception geltend gemacht wurden, weil bey jenen der Name praescriptio oder exceptio ſelten vorkommt. In einigen Stellen jedoch erſcheint derſelbe wirklich (g), und der ſeltnere Gebrauch erklärt ſich aus dem Umſtand, daß bey dieſen kurzen Verjährungen, bey welchen alle Thatſachen noch in friſchem Andenken ſind, der Prätor ſelbſt meiſt über dieſe Einwendung unmittelbar entſcheiden konnte, ohne dieſelbe in Geſtalt einer Exception an den Judex zu verweiſen.

III. Die den Kirchen und milden Stiftungen zuſtehen-

(f) *L.* 35 *pr. de O. et A.*

(g) *L.* 30 § 5 de peculio (15. 1.) „Si *annua exceptione* sit repulsus a venditore creditor ..“ *L.* 15 § 5 *quod vi* (43. 24.) causa cognita *annuam exceptionem* remittendam ..“ S. o., B. 4 S. 299. — Wie dieſer Umſtand von Donellus überſehen worden iſt, ſ. u. §. 248.

den Klagen (h).

Die verwickelte und theilweise bestrittene Geschichte dieser Ausnahme beruht auf folgenden Thatsachen.

Im Jahre 528 erließ Justinian ein Gesetz (i), worin er für die Klagen der Kirchen und milden Stiftungen aus Erbschaften, Legaten, Schenkungen, und Kaufcontracten, eine hundertjährige Verjährung vorschrieb. Dasselbe Recht sollte gelten für solche Klagen der Stadtgemeinden; außerdem auch für Erbschaften, Vermächtnisse, und Schenkungen zum Loskauf von Gefangenen. Bey allen diesen Bestimmungen sollte es keinen Unterschied machen, ob die Klagen in rem oder in personam wären; auch wurde keine Ausnahme für die auf kurze Verjährungsfristen angewiesene Klagen hinzugefügt. — Nach den Worten könnte man das Gesetz auf die oben angedeuteten speciellen Klagen der Kirchen und Städte beschränken; es ist jedoch wahrscheinlicher, daß es ganz allgemein auf alle Klagen jener juristischen Personen angewendet werden sollte, und daß jene Ausdrücke nur auf die gewöhnlichste Entstehung des Vermögens derselben hinzudeuten bestimmt waren. Für diese ausgedehnte Auslegung spricht der Umstand, daß spätere Gesetze, die sich theils an jenes Gesetz anschließen, theils den Inhalt desselben angeben (k), eine Beschränkung auf gewisse Klassen von Klagen durchaus nicht erwähnen (l).

(h) Sehr gut handelt von diesem Gegenstand Unterholzner I. § 40—44.

(i) *L.* 23. *C. de SS. eccles.* (1. 2.)

(k) Die Nov. 9 und Nov. 111 prooem.

(l) Unterholzner I. § 40. 41.

Die Novelle 9 (J. 535) wendete dieſes, zunächſt für die Kirchen des Orients eingeführte Privilegium unverändert auf ſämmtliche Kirchen des Occidents an, die hier unter dem collectiven Namen der ecclesia Romana aufgeführt waren. Es ſollte keinen Unterſchied machen, ob das Vermögen dieſer Kirchen im Occident oder Orient läge.

Hierauf folgte die Novelle 111 (J. 541). Sie beſchränkte die 100 Jahre der Kirchen und Stiftungen auf 40 Jahre, ſo daß ſie nur noch eine Verlängerung von Zehen Jahren gegen die gewöhnliche Verjährungsfriſt genießen ſollten; dieſe ſollte aber nur ihnen allein zukommen, für alle andere Perſonen und Rechtsſachen ſollte die Regel der 30 Jahre gelten (m). Auch bey den Kirchen ſollten die bisher beobachteten Ausnahmen von dem Privilegium, unter andern die dreyjährigen Verjährungen, noch ferner beybehalten werden (n).

Die Novelle 131 Kap. 6 iſt blos eine kurze Wiederholung des eben erwähnten Geſetzes. Sie enthält nur die beſtimmtere Vorſchrift, daß die 40 Jahre da gelten ſollten, wo außerdem 10 oder 20 oder 30 Jahre gegolten haben würden. Als Abänderung war Dieſes nicht gemeynt, ſon-

(m) Damit ſollte augenſcheinlich die hundertjährige Verjährung der Stadtgemeinden aufgehoben ſeyn.

(n) Mit dem triennium iſt die Uſucapion gemeynt. Die übrigen, nicht näher bezeichneten, Ausnahmen, gehen ohne Zweifel auf alle Verjährungen unter Zehen Jahren. Alle dieſe Ausnahmen werden in der *L.* 23 *C. de SS. eccl.* (1. 2.) nicht erwähnt, wahrſcheinlich hatte ſie der Gerichtsgebrauch eingeführt. Bey Gratian (c. 16 C. 16. q. 3.) und in der Auth. *Quas actiones* C. de *SS.* eccl. (1. 2.) werden Drey und Vier Jahre als Ausnahmen genannt.

dern nur als bestimmtere Bezeichnung der schon in der Novelle 111 vorbehaltenen Ausnahmen von dem Privilegium (o).

Die Richtigkeit der hier angegebenen gesetzlichen Bestimmungen wird durch mehrere Stellen des canonischen Rechts bestätigt. So wird im fünften Jahrhundert anerkannt, daß unter Kirchen die allgemeine dreyßigjährige Verjährung gleichfalls gelte (p), weil damals noch nicht das erst von Justinian herrührende Privilegium eingeführt war. Im J. 591 aber wurde anerkannt, daß auch der Pabst nur eine Verjährungsfrist von 40 Jahren zu genießen habe (q), weil Justinian das Privilegium von 100 Jahren ganz allgemein aufgehoben hatte.

In der Folge bildete sich jedoch durch Gerichtsgebrauch folgende Regel aus. Die Kirchen überhaupt haben 40 Jahre, die ecclesia Romana aber, das heißt die Kirche des Pabstes selbst, hat ausnahmsweise 100 Jahre. Veranlaßt war ohne Zweifel diese neue Ausnahme durch den Buchstaben der Novelle 9, welche jedoch ganz aus ihrem historischen Zusammenhang gerissen werden mußte, um zu einem solchen Erfolg zu führen; denn theils war nun der Ausdruck

(o) Diese Behauptung wird erklärt und gerechtfertigt durch die in der vorhergehenden Note enthaltene Bemerkung. Zur Bestätigung dient das Verfahren, welches hierin Julian eingeschlagen hat. Er excerpirt in seiner Const. 104, als geltendes Recht, lediglich die Nov. 111; in seiner Const. 8. führt er die Nov. 9 zwar auf, aber ohne sie zu excerpiren, weil sie aufgehoben sey; die Nov. 131 K. 6 übergeht er ganz mit Stillschweigen.

(p) c. 1 C. 16 q. 3.

(q) c. 2 C. 16 q. 4.

ecclesia Romana in einem ganz neuen, willkührlichen Sinn genommen, da er ursprünglich blos den Gegensatz gegen die orientalischen Kirchen bezeichnen sollte: theils war die gänzliche Aufhebung der Novelle 9, die der Zeitgenosse Julian ausdrücklich bezeugt, übersehen.

Die erste Anerkennung jenes neuen Rechtssatzes findet sich um das J. 878 (r). Nachher hat Irnerius denselben Satz ausgesprochen (s). Er wurde endlich bestätigt durch Decretalen von Innocenz III. (t) und Bonifacius VIII. (u).

Aus dieser geschichtlichen Übersicht ergiebt sich zugleich, für welche Fälle das Privilegium der 40 Jahre gelten soll. Es tritt an die Stelle der außerdem geltenden 10, 20, 30 Jahre, ist also, im Sinn von Justinian, gewiß auch anwendbar auf die Usucapion der Immobilien. Dagegen bleiben unverändert, also von dem Privilegium unberührt, alle kürzere Klagverjährungen, und neben diesen

(r) c. 17. C. 16 q. 3, von P. Johannes VIII.

(s) Auth. *Quas actiones* C. de SS. eccl. (1. 2.) „Quas actiones alias decennalis, alias vicennalis, alias tricennalis praescriptio excludit: hae, si loco religioso competant, quadraginta annis excluduntur: usucapione triennii, vel quadriennii praescriptione, in suo robore durantibus: sola Romana ecclesia gaudente centum annorum spatio vel privilegio." — Mit Unrecht hat Irnerius wegen dieser Stelle viel leiden müssen als Verfälscher des Römischen Rechts. Allerdings steht in der Überschrift als Quelle nur Nov. 131 C. 6, er hat aber diese aus der Nov. 111 und dem längst unzweifelhaften Gerichtsgebrauch ergänzt, so daß man ihm nicht den Vorwurf machen darf, er selbst habe die Nov. 9 missverstanden und unrichtig angewendet. Vgl. Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 2 § 70.

(t) *C.* 13. 14. 17 *X. de praescript.* (2. 26.) um 1206.

(u) *C.* 2 *X. de praescr. in VI.* (2. 13.) um 1300.

auch die von Justinian ausdrücklich erwähnte dreyjährige Usucapion der beweglichen Sachen (v).

IV. Die Klagen der Städte sollten, nach Justinians erstem Gesetz, eben so wie die der Kirchen, 100 Jahre dauern (Note i). Durch eines seiner späteren Gesetze hat er dieses Privilegium ganz aufgehoben, also die Städte unter die Regel der 30 Jahre zurück geführt (Note m). Weil aber hier die Städte nicht ausdrücklich genannt sind, so glauben Manche irrigerweise, die 100 Jahre dauerten bey ihnen fort; Andere, sie seyen in das neuere Privilegium der Kirchen (40 Jahre) stillschweigend mit eingeschlossen, und auch die Gerichte haben sich von diesen Irrthümern nicht immer frey erhalten (x).

V. Die Klagen des Fiscus. Bey diesem Gegenstand hat man weniger über streitende Meynungen, als über gänzlichen Mangel an ernster, gründlicher Untersuchung zu klagen.

Vor Allem müssen unterschieden werden die Klagen aus den eigenthümlichen Rechten des Fiscus, wie Strafen

(v) Unterholzner I. § 41. Durch diese Beschränkung verschwindet denn auch der Vorwurf der Unausführbarkeit, der sonst bey manchen kurzen Klagverjährungen eintreten würde. Denn allerdings wäre es widersinnig, wenn z. B. die actio redhibitoria oder quanti minoris von einer Kirche 40 Jahre lang angestellt werden könnte.

(x) Bülow und Hagemann practische Erörterungen B. 4 Num. 5. Unterholzner I. § 45. — Das Dictatum de consiliariis betrachtet das Privilegium der Städte als gültig. Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 2 § 70, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswiss. B. 5 S. 343. 344.

u. s. w., und die dem Fiscus zustehenden gemeinrechtlichen Klagen.

A) Die besonderen Fiskalklagen werden verjährt in 20 Jahren, und diese Regel ist sogar entstanden in einer Zeit, worin noch alle Klagen in der Regel ganz ohne Verjährung waren (y).

Daneben aber finden sich wieder zwey speciellere Ausnahmen. Der Anspruch des Fiscus auf erbloses Vermögen verjährt schon in Vier Jahren (z). Dagegen sind die Steuerforderungen für ganz unverjährbar noch in dem neuesten Recht erklärt (aa).

B) Die gemeinrechtlichen Klagen, worin der Fiscus, so wie jede andere Person, als Eigenthümer, Gläubiger u. s. w. auftritt, sind der gewöhnlichen Verjährung von 30 Jahren unterworfen. Man beruft sich zwar auf ein Gesetz von Anastasius, welches eine vierzigjährige Verjährung vorschreibe; allein dieses Gesetz spricht von einer ganz einzelnen Klage, der Vindication von Patrimonialgrundstücken (bb). Es beruft sich dabey gar nicht etwa auf ein allgemeines Privilegium des Fiscus, welches schon deswegen nicht möglich ist, weil es hierin den Fiscus mit

(y) *L.* 13 *pr. de div. temp. praescr.* (44. 3.), *L.* 2 § 1 *L.* 3 *L.* 4 *de requirendis* (48. 17.), *L.* 1 § 3 *de j. fisci* (49. 14.).

(z) *L.* 1 *C. de quadr. praescr.* (7. 37.).

(aa) *L.* 6 *C. de praescript. XXX.* (7. 39.), vgl. oben § 238. o. — In dem Preußischen Gesetz vom 18. Jun. 1840. (Gesetzsammlung 1840 S. 140) haben gerade die Steuerforderungen sehr kurze Verjährungen erhalten.

(bb) *L.* 14 *C. de fundis patrim.* (11. 61.); diese Verjährung sollte gelten sowohl für den Besitz mit Entrichtung eines Canons, als für die Befreyung vom Canon.

den Tempeln gleichstellt, zu einer Zeit, wo an eine vierzigjährige Verjährung der Kirchen noch gar nicht gedacht wurde. Diese besondere Art von Domänengütern aber kommen im heutigen Recht nicht mehr vor. — Dagegen findet sich eine unzweydeutige Bestätigung der 30 Jahre in folgender Bestimmung. Wenn im Namen der res privata des Kaisers auf flüchtige Colonen geklagt wird, so gilt die gewöhnliche Verjährung von 30 Jahren (cc). Anderwärts aber ist ausdrücklich anerkannt, daß die res privata alle Vorrechte des Fiscus genieße (dd). — Höchstens kann man zugeben, daß vielleicht diese gewöhnlichen Klagen des Fiscus unter diejenigen gehörten, für welche die dreyßigjährige Verjährung durch willkührliche Auslegungen außer Anwendung blieb (§ 238). Eine wirkliche Anerkennung aber hat diese Exemtion in unsren Rechtsquellen nicht gefunden.

Neuere Schriftsteller versichern, einer nach dem andern, daß 40 Jahre nach der Praxis entschieden seyen (ee). Sie pflegen aber nicht Präjudicien anzugeben, welche Gegenstand einer genaueren Prüfung seyn könnten; auch sprechen sie so allgemein, daß man ihre Behauptung selbst auf die eigenthümlichen Fiscalklagen beziehen möchte, im Widerspruch mit den klarsten Aussprüchen des Römischen Rechts.

(cc) *L.* 6 *C. de fundis rei priv.* (11. 65.).

(dd) *L.* 6 § 1 *de j. fisci* (49. 14.).

(ee) Thibaut Verjährung S. 97. 129. Unterholzner I. § 46. II. § 259. Göschen I. S. 437. Vangerow I. S. 173.

Bey dem Ablauf der Zeit sind noch folgende allgemeinere Fragen zu beantworten:

Zuerst die Art der Berechnung. Bey den Verjährungen von Einem Jahr oder weniger gilt utile tempus, bey längeren continuum. — Bey allen Klagverjährungen wird die civile Zeitrechnung in der Art angewendet, daß die Verjährung erst vollendet ist mit dem Ablauf des Kalendertages, in dessen Umfang der natürlich berechnete Endpunkt (das momentum temporis) liegt (ff).

Wichtiger ist die Frage, ob der Ablauf der Zeit nur unter denselben Individuen eintreten kann, unter welchen die Klagverjährung angefangen hat, oder ob in den Lauf derselben auch andere Individuen durch accessio temporis eintreten können. Nach allgemeinen Grundsätzen kann die Beantwortung dieser Frage nicht zweifelhaft seyn. Die Rechtsform, unter welcher die Klagverjährung bewirkt wird, ist die einer Exception; Exceptionen aber gehen in der Regel von beiden Seiten auf Erben und Singularsuccessoren über, mit Ausnahme der seltneren Fälle, worin die Exception auf einem ganz individuellen Verhältniß beruht (§ 227). Daß nun der Fall dieser Ausnahme bey der temporalis praescriptio nicht vorhanden ist, wird Jeder zugeben. Von diesem Standpunkt aus müssen wir sagen: der Vortheil der Verjährung gebührt dem ursprünglichen Beklagten, dem Erben desselben, dem Käufer, Donatar u. s. w., aber nicht denjenigen Personen, die ohne

(ff) Vgl. oben B. 4 § 185. 189. 190.

Succession den Besitz der Sache (bey einer in rem actio) erlangt haben. Der Nachtheil der Verjährung trifft den ursprünglichen Kläger, den Erben desselben, und eben so den Cessionar, bey Klagen sowohl in rem als in personam. — Eine Bestätigung dieser Annahme liegt auch darin, daß in den Gesetzen meist nur davon die Rede ist, ob die Klage zu rechter Zeit angestellt worden ist oder nicht, wobey die Personen in den Hintergrund treten; es kommt also, bey veränderten Personen, immer nur darauf an, ob es dieselbe Klage ist, deren Verjährung früher angefangen hatte, und jetzt als vollendet behauptet wird.

Fragen wir nach den Aussprüchen unsrer Rechtsquellen. Die angefangene, unvollendete Usucapion wurde zu allen Zeiten fortgesetzt in der Person des Erben, der mit dem Erblasser nach jus civile identisch ist (gg); nicht aber in der Person eines Käufers oder Beschenkten. Der Grund lag in der streng civilen Natur der Usucapion; eben daher aber wurde von jeher bey der longi temporis praescriptio, die auf freyer aequitas beruhte, die accessio temporis ohne Einschränkung zugelassen (hh). Allmälig wurde sie auch in einzelnen Fällen der Usucapion angewendet, bis endlich Justinian sie hier ganz allgemein vorschrieb (ii).

(gg) *L.* 30 *pr. ex quib. caus.* (4. 6.).

(hh) *L.* 14. 15 *de div. temp. praescr.* (44. 3), *L.* 76 § 1 *de contr. emt.* (18. 1.), welche Stelle offenbar nur von der l. t. praescriptio, nicht von der Usucapion spricht. — Dieselbe accessio galt bey dem Interdict utrubi, wo sie jedoch nicht eine Klagverjährung zu vermitteln bestimmt war. Auf diese Anwendung bezieht sich *L.* 13 *de adqu. poss.* (41. 2.).

(ii) § 12. 13 *J. de usuc.* (2. 6.),

Als nun die umfassende dreyßigjährige Klagverjährung eingeführt wurde, in einer Zeit worin ohnehin die Strenge des alten Civilrechts fast nur noch als historische Erinnerung übrig war, konnte wohl Niemand daran zweifeln, daß hier dieselbe accessio temporis, wie bey der longi temporis praescriptio, angewendet werden müsse; es konnte hier um so weniger zweifelhaft seyn, weil nur selten 30 Jahre unter den unveränderten ursprünglichen Personen ablaufen werden. Wahrscheinlich haben es deswegen die Kaiser nicht einmal der Mühe werth erachtet, über eine so unzweifelhafte Frage eine ausdrückliche Bestimmung zu geben. Wenn aber auch früher noch irgend ein Zweifel an der unbeschränkten Anwendbarkeit der accessio auf die Klagverjährung möglich gewesen wäre, so hätte dieser wenigstens ganz verschwinden müssen, seitdem Justinian sie für die weit strengere Usucapion vorgeschrieben hatte (Note ii).

Blos beyläufig kommen im neuesten Recht folgende Äußerungen vor, welche ganz misbraucht werden würden, wenn man aus den nicht völlig bestimmten Ausdrücken einiger derselben, allgemeine Regeln bilden wollte, die mit den hier aufgestellten Grundsätzen im Widerspruch ständen.

Eine reine Anwendung dieser Grundsätze ist es, wenn für die vierzigjährige Verjährung der Hypothekarklage der Schuldner selbst mit seinem Erben als identisch behan-

L. un. C. de usuc. transform. (7. 31.).

delt wird (kk). — Etwas zweydeutiger aber sind folgende Stellen.

Justinian sagt, wenn nach vollendeter Verjährung der Eigenthumsklage der Besitz an einen neuen Besitzer komme, so könne gegen diesen der Eigenthümer wieder vindiciren; natürlich wird dabey stillschweigend vorausgesetzt, daß der neue Besitzer den Besitz durch Gewalt oder Zufall erlangte, nicht durch Kauf von Demjenigen, der die temporis praescriptio erworben hatte (ll). — Umgekehrt sagt eine Verordnung von Anastasius, bey den 40 Jahren für die Vindication der Patrimonialgüter dürfe der gegenwärtige Besitzer die Zeit seines Vorbesitzers hinzu rechnen (mm); auch dabey ist stillschweigend vorausgesetzt, daß zwischen beiden Besitzern ein Successionsverhältniß Statt fand, und es würde hier eben so unrichtig seyn, wie bey jenem Gesetz von Justinian, aus der Unbestimmtheit des Ausdrucks eine, allen Rechtsgrundsätzen widersprechende, Folgerung zu ziehen.

(kk) *L.* 7 § 1 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.).

(ll) *L.* 8 § 1 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.) verb. „Sin vero nullum jus in eadem re quocunque tempore habuit" etc. So würde nicht von einem neuen Besitzer gesprochen werden, der die Sache von dem verjährenden Besitzer gekauft hätte, und eben so wenig würde derselbe in den folgenden Worten ein injustus possessor genannt werden; für den Käufer also ist der Anspruch auf die temporis praescriptio hier nicht verneint. Außerdem aber spricht auch die Stelle nicht von dem, welcher vor vollendeter Verjährung in den Besitz eintritt; besonders aber gar nicht von der Verjährung der persönlichen Klagen.

(mm) *L.* 14 *C. de fundis patr.* (11. 61.) „. . possessione scilicet non solum eorum qui nunc detinent, verum etiam eorum, qui antea possederant, computanda."

Dennoch hat es auch in der neuesten Zeit an Misverständnissen über diese sehr sicheren Rechtssätze nicht gefehlt, und dabey haben die eben angeführten Stellen zur Veranlassung gedient (nn).

§. 248.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Wirkung.

Francke civilistische Abhandlungen (1826) Num. 2.
v. Löhr, Archiv B. 10 S. 72—84 (1827).
Guyet, Archiv B. 11 Num. 5 (1828).
Heimbach, Linde's Zeitschrift B. 1 Num. 22 (1828).
Vermehren, Linde's Zeitschrift B. 2 Num. 9 (1829).
Büchel, Erörterungen Heft 1. Marburg 1832.

Die Untersuchung dieser Frage, welche in neuerer Zeit ein sehr beliebtes Thema gewesen ist, wurde von Anfang an erschwert und verwirrt durch eine falsche Stellung der zu beantwortenden Frage. Man fragte nämlich stets, ob durch die Verjährung das Recht selbst, oder nur die Klage verloren werde, und durch diesen Ausdruck wurde man in den wichtigsten und schwierigsten Fällen unver-

(nn) Reinhardt Usucapio und praescriptio Stuttgart 1832 S. 263, und Kierulff S. 200, verneinen die accessio bey der Klagverjährung wegen *L.* 8 *C. de pr. XXX.* (Note ll), und sie thun Dieses in so allgemeinen Ausdrücken, daß man glauben möchte, sie wollten selbst den Erben ausschließen. Der zweyte bezieht die *L.* 76 § 1 *de contr. emt.* (Note hh) ganz unrichtig auf die Ersitzung, da die longi temporis praescriptio, wovon sie redet, eben so eine Klagverjährung ist, wie die dreyßigjährige.

merkt von den im Römischen Recht herrschenden Begriffen entfernt. Vor aller Untersuchung ist es einleuchtend, daß der Gegensatz jener Ausdrücke dazu dienen sollte, eine stärkere und eine schwächere Wirkung der Verjährung zu unterscheiden; und in der That haben sich hiernach die Schriftsteller größtentheils in Zwey Parteyen gesondert, nur noch mit einigen untergeordneten Modificationen.

Fragen wir zuerst nach der Wirkung der Klagverjährung bey den Klagen in rem, als deren Repräsentanten wir die Eigenthumsklage betrachten wollen. Hier gerade hat jener Ausdruck der Frage eine sehr bestimmte Bedeutung, aber hier kann auch die Antwort gar nicht zweifelhaft seyn für Den, welcher nicht vorgefaßte Meynungen, von den persönlichen Klagen her, mit herüber bringt.

Zuvörderst ist es einleuchtend, daß die Fälle der Ersitzung ganz abgesondert werden müssen, da durch diese die Klagverjährung vollkommen und unzweifelhaft absorbirt wird. Hat also z. B. der Besitzer durch redlichen dreyßigjährigen Besitz (ohne Titel) Eigenthum erworben (a), so ist gewiß dem vorigen Eigenthümer das Recht selbst verloren, eben weil es auf einen Anderen übergegangen ist, und das Eigenthum derselben ganzen Sache nicht zugleich in der Hand von Zwey Personen seyn kann. Von Klagverjährung ist nicht mehr die Rede, weil das Recht selbst

(a) *L.* 8 § 1 *C. de praescr. XXX.* (7. 39.). Es ist die von neueren Schriftstellern so genannte usucapio extraordinaria.

absolut zerstört ist (b). Um also bey der Vindication die Klagverjährung in ihrer eigenthümlichen Natur anwenden zu können, müssen wir den Fall so denken, daß der Besitzer das Eigenthum *nicht* erwirbt, und dieser Fall tritt in der That ein, wenn er einen unredlichen Besitz hatte (c). In diesem Fall aber ist es auch ganz gewiß, daß nicht das Recht selbst, sondern nur die Klage, dem ursprünglichen Eigenthümer verloren geht. Denn es ist ausdrücklich anerkannt, daß wenn nun der Besitz durch Zufall an einen Dritten, ganz Unberechtigten, kommt, der vorige Eigenthümer gegen Diesen vindiciren kann (d), welches bey verlornem Recht ganz undenkbar seyn würde. Wäre aber Dieses auch nicht anerkannt, so würde dennoch die Annahme, daß der Eigenthümer sein Recht (das Eigenthum) verlöre, zu einem ganz absurden Erfolg führen. Die Sache wäre nun herrenlos geworden, und da der unredliche Besitz noch immer fortdauert, so würde in demselben Augenblick der Besitzer durch Occupation das Eigenthum dieser herrenlosen Sache erwerben, also auf einem anderen Wege gerade den Vortheil erlangen, den ihm Justinian durchaus versagt (e). — Nicht glücklich ist die Wendung, womit ein Vertheidiger der stärkeren Wirkung diesen Einwürfen zu entgehen versucht, indem er sagt, das Recht selbst

(b) Vgl. oben § 230 S. 197 Num. 1.

(c) *L.* 8 § 1 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.).

(d) *L.* 8 § 1 *C. cit.*, verb. „tunc licentia sit priori domino ... eam vindicare ..."

(e) Diese gute Bemerkung macht Guyet S. 89. 90. Ganz unbefriedigend ist die Erwiederung von Vermehren S. 358.

werde vernichtet, aber nur per exceptionem (f). Damit wird eigentlich der innere Widerspruch dieser Meynung geradezu eingestanden, denn per exceptionem aufheben, heißt gerade: nicht das Recht selbst vernichten, sondern nur die Klage entkräften, also dem Recht denjenigen Schutz entziehen, den ihm bis dahin die Klage gewährt hat. (§ 225. 226). — Weit besonnener ist es daher, wenn ein anderer Vertheidiger der stärkeren Wirkung bey den Klagen in rem die Vernichtung des Rechts ganz aufgiebt, und sie nur noch für die persönlichen Klagen behauptet (g). Dadurch werden wir unmittelbar auf das eigentliche Gebiet dieses großen Streites geführt.

Wenden wir uns nun zu den persönlichen Klagen, so ist sogleich einleuchtend, daß durch diese nicht der ganze Umkreis der Obligationen erschöpft ist. Denn es giebt auch naturales obligationes, Obligationen ganz ohne Klage. Bey diesen sind Alle darüber einig, daß für sie gar keine Verjährung eintritt. Diejenigen nun, welche die schwächere Wirkung behaupten, also die Verjährung blos auf die Klage beziehen, müssen dieselbe ohnehin verwerfen bey solchen Rechten, welche gar keine Klage haben. Wer die Vernichtung des Rechts selbst als Folge der Verjährung ansieht, könnte diese ohne Inconsequenz auf die naturalen Obligationen anzuwenden versuchen; wirklich behauptet hat sie bey ihnen Niemand (h).

(f) v. Löhr S. 81. 82.
(g) Büchel S. 37 fg.
(h) Es ließe sich denken, daß man für diesen Fall auch eine po-

Es bleiben demnach nur die civilen Obligationen, das heißt die persönlichen Klagen, als Gegenstand der ferneren Untersuchung übrig, und eben in diesem wichtigsten Theil der ganzen Untersuchung zeigt sich der oben angegebene Ausdruck der Streitfrage ganz verderblich. Denn gerade auf diesem Gebiet finden wir im Römischen Recht sehr bestimmte Begriffe, und zu deren Bezeichnung genaue Kunstausdrücke; der hierdurch dargebotene Vortheil der Sicherheit in der Untersuchung geht aber durch jenen willkührlich gewählten Ausdruck großentheils verloren, und gewiß liegt hierin ein Hauptgrund, warum in dieser Lehre bisher durch den Streit so wenig Fortschritt zur Einigung bewirkt worden ist.

Im Römischen Recht kommen bey der Entkräftung einer früher wirksamen civilen Obligation folgende verschiedene Fälle vor:

1) Aufhebung der Obligation ipso jure. Beyspiele: Erfüllung, Confusion, Novation.

2) Aufhebung per exceptionem, so daß zugleich auch die naturalis obligatio zerstört wird. Beyspiele: exceptio pacti, jurisjurandi. — Dieser Fall nähert sich in der Wirkung dem ersten, bleibt aber doch von demselben wesentlich verschieden (§ 225).

3) Aufhebung per exceptionem, so daß die Obligation

sitive Anstalt zur Zerstörung durch Versäumniß getroffen hätte, welches nur nicht Klagverjährung gewesen wäre; daß daran kein Gesetzgeber gedacht hat, erklärt sich aus der Seltenheit und praktischen Unwichtigkeit der bloßen naturales obligationes.

dennoch als naturalis obligatio wirksam bleibt. Beyspiel: exceptio rei judicatae (i).

Bringen wir mit diesen wirklichen, unzweifelhaften, Gegensätzen des Römischen Rechts den oben angegebenen Ausdruck der Streitfrage in Verbindung, so müßte sich eigentlich Folgendes ergeben. Diejenigen, welche die Wirkung der Verjährung in die Zerstörung des Rechts selbst setzen, müßten behaupten, die Obligation werde ipso jure aufgehoben; die, welche die Klage als zerstört ansehen, müßten die Aufhebung per exceptionem behaupten, wobey dann das Schicksal der naturalis obligatio noch unentschieden bliebe. So versteht aber die Streitfrage Niemand, wenigstens in neuerer Zeit, seitdem überhaupt so viel die Rede davon ist; man konnte es auch nicht im Allgemeinen so verstehen, weil ja im Römischen Recht beständig von der temporis *praescriptio* oder *exceptio* die Rede ist.

Zwar hat ein älterer Schriftsteller diesen Weg wirklich betreten, wenn auch nur theilweise. Donellus stellt folgende Unterscheidung auf (k): die Klagen sind theils durch das Gesetz selbst, welches sie einführte, der Verjährung unterworfen (wie die prätorischen Annalklagen), theils

(i) Dieselben Gegensätze kommen auch vor bey dem ursprünglichen Zustand einer Obligation. Auch hier kann sie seyn: 1) Ipso jure nulla 2) Per exceptionem ungültig, mit unwirksamer naturalis obligatio 3) Per exc. mit wirksamer naturalis obligatio. Beyspiele dieser drey Fälle: 1) Versprechen von Seiten eines Unmündigen 2) Exceptio doli oder metus. 3) Exceptio Sc. Macedoniani. — Über das von der exc. rei judicatae hergenommene Beyspiel vgl. unten §. 249 c.

(k) Donellus Lib. 16 C. 8 §. 21. 22., Lib. 22 C. 2 §. 18.

erst durch spätere Gesetze. Die ersten gehen durch die Verjährung ipso jure unter, die anderen per exceptionem. Sein Hauptgrund liegt darin, daß bey jenen Klagen das Edict zu sagen pflegt: intra annum actionem dabo, woraus Donellus schließt, daß nach Ablauf des Jahres nulla actio vorhanden, also die bis dahin geltende ipso jure aufgehoben sey (l). Wie wenig dieser Ausdruck entscheidet, zeigt das Beyspiel von zwey Senatusconsulten, worin die Ungültigkeit mit demselben Ausdruck bezeichnet wird, und doch Niemand zweifeln kann, daß es eine bloße Ungültigkeit per exceptionem ist (m). Die Sache selbst aber wird völlig widerlegt durch den Umstand, daß gerade auch bey den prätorischen Annalklagen die Verjährung durch eine annua *exceptio* geltend gemacht wird (§ 247. g.). Und gesetzt

(l) Einen anderen Grund setzt Donellus in die *L.* 6 *de O. et A.* (44.7.): „In omnibus *temporalibus actionibus*, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit *obligationem*." Zuerst ist aber auf den Ausdruck *finit* obligationem gar nicht das Gewicht zu legen, als ob er eine Aufhebung ipso jure bezeichnete. Zweytens erklärt Donellus ganz willkührlich temporalis actio für die von ihm bezeichnete Klasse von Klagen, da doch dieser Ausdruck vielmehr ursprünglich eine überhaupt verjährbare Klage bezeichnete, im neuesten Recht auf eine kürzere als dreyßigjährige zu beziehen ist (*pr. J. de perpet.* 4. 12.). Die rei vindicatio war lange Zeit ganz unverjährbar gewesen, und erst spät wurde dafür die longi temporis praescriptio eingeführt; seitdem ist sie gewiß eine temporalis actio gewesen, obgleich der von Donellus willkührlich angenommene Sinn dieses Kunstausdrucks auf sie nicht paßt. Bey ihr hätte also nach L. 6 de O. et A. (die Erklärung von Donellus bey dieser Stelle vorausgesetzt) die Verjährung ipso jure wirken müssen, welches doch augenscheinlich nicht der Fall ist.

(m) *L.* 2 § 1 *ad Sc. Vell.* (16. 1.) „... ne eo nomine ab his petitio, *neve in eas actio detur* ..." Eben so heißt es in *L.* 1 *pr. de Sc. Mac.* (14. 6.) ne cui .. *actio petitioque daretur*."

auch, die Ansicht von Donellus wäre richtig, so wäre damit für den wichtigsten und häufigsten Fall, die dreyßigjährige Verjährung, Nichts entschieden; der Zweifel wäre nicht gelöst, sondern nur auf ein etwas engeres Gebiet eingeschränkt.

Die Meynung des Donellus hat keine Anhänger gefunden. Die neueren Schriftsteller gehen davon aus, daß die Klagverjährung nicht ipso jure, sondern per exceptionem wirke, und der wahre Sinn ihrer Streitfrage geht dahin, ob die naturalis obligatio zerstört werde, oder bestehen bleibe. Für diese Frage aber ist der oben erwähnte Ausdruck des Gegensatzes (Recht selbst, oder Klage zerstört) ganz unpassend; ich werde denselben fortan vermeiden, und die Frage in ihrem nunmehr bestimmten wahren Sinn behandeln, dafür aber auch den nun unzweydeutigen kürzeren Ausdruck gebrauchen,

ob die stärkere oder die schwächere Wirkung der Klagverjährung anzunehmen sey (n)?

(n) Die stärkere Wirkung behaupten, unter den oben angeführten Schriftstellern: v. Löhr Heimbach, Vermehren, Büchel; außerdem Vangerow I. S. 175. 176. 180. Kierulff S. 210—214. — Die schwächere Wirkung: Francke, Guyet; außerdem: Weber natürliche Verbindlichkeit § 92, und: Beyträge S. 54 fg. Glück B. 13 S. 100. 380, B. 15 S. 65, B. 20 S. 162. Unterholzner Verjährung II. § 258, Schuldverhältnisse B. 1 § 247. Mühlenbruch II. § 481. Puchta Lehrbuch § 77. Göschen § 154. Ich erkläre mich für diese zweyte Meynung. — Außer diesen regelmäßigen Parteymeynungen stehen isolirt folgende Schriftsteller: Donellus, welcher zwischen kurzen und langen Verjährungen unterscheidet (Note k), Rave, dessen Meynung mit seiner besonderen Lehre von der bona fides zusammenhängt (§ 246), und

§. 249.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Wirkung. (Fortsetzung.)

Die Entscheidung der aufgestellten Streitfrage ist oft durch Äußerungen in unsren Rechtsquellen versucht worden, welche entweder von einer verlornen actio, oder aber von einer aufgehobenen obligatio sprechen. Stellen der ersten Art wurden für die schwächere, Stellen der zweyten für die stärkere Wirkung als Beweise angeführt. Dieses Verfahren ist nicht etwa deswegen zu tadeln, weil den alten Juristen, deren Aussprüche wir in den Digesten lesen, die dreyßigjährige Verjährung unbekannt war; denn was sie von der Wirkung der damals als Ausnahme geltenden Klagverjährung, z. B. der prätorischen Annalklagen, behaupten, können wir ohne Bedenken auch auf die erst im neueren Recht eingeführte dreyßigjährige Verjährung anwenden. Der Fehler in jenem Verfahren liegt vielmehr darin, daß jene schwankenden, unbestimmten Ausdrücke ohne Grund als Entscheidungen für die vorliegende Frage gelten sollen. Denn mit der Behauptung einer verlornen actio, wie einer (durch Exception) aufgehobenen obligatio, ist die Fortdauer oder Zerstörung der naturalis obligatio

Thibaut, der im Lauf der Zeit drey verschiedene Meynungen angenommen hat: zuerst die hier vertheidigte, zuletzt die der Gegner, in einer mittleren Zeit den Untergang des Rechts selbst, bey der dreyßigjährigen, der bloßen Klage bey den kürzeren. Verjährung S. 118. Pandekten Ausg. 7 § 1056. 1062. Ausg. 8 § 1019. 1025. Braun's Erörterungen zu § 1056.

gleich vereinbar, so daß über diesen allein wichtigen Gegensatz durch jene Ausdrücke Nichts entschieden wird (a).

Wichtiger ist es, die Regel aufzusuchen, nach welcher überhaupt, und auch in anderen Fällen, einer per exceptionem aufgehobenen Klage, die Fortdauer oder Aufhebung der naturalis obligatio sich richtet. Eine solche Regel nun wird ausdrücklich aufgestellt von Pomponius, Marcian und Ulpian. Die Exceptionen, welche odio creditorum eingeführt sind, sollen die schwächere Wirkung hervorbringen, die zum Vortheil des Schuldners eingeführten die stärkere (b).

Aber wie sicher und bestimmt auch diese Regel aussehen mag, so sind wir doch wenig dadurch gefördert. Zuerst schon deswegen, weil die Anwendung derselben so sehr schwankend und unsicher ist, wie sich denn in der That beide streitende Parteyen darauf berufen. Die Vertheidiger der schwächeren Wirkung, indem sie sagen, die Verjährung sey eine Strafe der Nachlässigkeit; worauf aber

(a) Diesen Punkt hat gründlich, und mit Angabe vieler Beyspiele, behandelt Heimbach S. 437—440. Nur ist er sich nicht treu geblieben, indem er S. 448 den Ausdruck tempore *liberari* als Beweis ansieht, daß durch die Verjährung „das ganze Recht aufgehoben" werde, da dieser Ausdruck „deutlich die Befreyung von aller Verbindlichkeit anzeigt." — Liberari wird gebraucht für ipso jure, wie für per exceptionem (*L.* 1 § 2 *quae in fraud.* 42. 8, *L.* 3 § 3 *de lib. leg.* 34. 3); und in dem letzten Fall auch für die schwächere Wirkung, mit fortdauernder naturalis obligatio. *L.* 60 *de fidej.* (46. 1.) „Ubicunque reus *ita liberatur* a creditore, *ut natura debitum maneat*, teneri fidejussorem respondit: cum vero *genere novationis* transeat obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum."

(b) *L.* 19 *pr. de cond. ind.* (12. 6.), *L.* 40 *pr. eod.*, *L.* 9 § 4 *de Sc. Mac.* (14. 6.).

nicht unrichtig erwiedert wird, daß Dieses weniger der Grund des verhängten Nachtheils, als dessen Entschuldigung ist (§ 237). Die Vertheidiger der stärkeren Wirkung, indem sie den Schutz des Beklagten als Grund der Verjährung angeben; wogegen aber zu bedenken ist, daß dieselbe mehr im Interesse der allgemeinen Ordnung, als zum Schutz einer besonderen Menschenklasse (wie das Sc. Vellejanum) angewendet wird.

Noch weit mißlicher aber steht es um die Wahrheit jener angeblichen Regel, die sich in mehreren anderen Fällen der Anwendung, und zwar gerade den unzweifelhaftesten, durchaus nicht bewährt. So hat die exceptio rei judicatae die schwächere Wirkung (c), wobey doch gewiß Niemand sagen wird, daß sie odio creditoris gegeben werde; ganz eben so verhält es sich mit der im älteren Recht auf Prozeßverjährung gegründeten Einrede (d). Ge-

(c) Es gilt bey ihr das solutum non repetere, also die Fortdauer einer naturalis obligatio. *L.* 28 *L.* 60 *pr. de cond. indeb.* (12. 6.). Dieses bestätigt sich auch durch die gewöhnlich übersehene Weise, wie die verschiedenen Exceptionen in dem Institutionentitel de exceptionibus (4. 12.) angeführt werden. § 1—4 stehen die exc. metus, doli, pacti, jurisjurandi, und bey jeder derselben wird ihre Herleitung aus dem jus gentium (*iniquum* est condemnari) sorgfältig bemerkt. Dagegen steht bey der exc. rei judicatae im § 5 nicht diese Bemerkung, sondern es heißt hier blos: *debes* per exc. r. j. *adjuvari.* — Übrigens ist diese Frage von alter Zeit her sehr controvers, und der neueste Schriftsteller erklärt sich gegen die hier vertheidigte Meynung. Pfordten im Archiv B. 24 S. 108 fg. (1841).

(d) *L.* 8 § 1 *ratam rem* (46. 8.) „quia naturale debitum manet." In diesem Fall dauert namentlich auch das Pfandrecht fort. (§ 250. v.) Vgl. Keller Litiscontestation S. 158.

rade umgekehrt aber ist es bey keiner Exception so gewiß, daß sie odio creditoris gegeben wird, als bey der dem Betrüger oder dem Gewaltthätigen entgegenstehenden doli oder metus exceptio; und doch ist es gerade bey diesen eben so gewiß, daß keine naturalis obligatio zurückbleibt, also das (aus Irrthum) Gezahlte zurückgefordert werden kann (e). — Hieraus geht nun klar hervor, wie es sich mit der Bildung jener Regel zugetragen hat. Den angeführten drey alten Juristen (unter welchen stets Einer dem Andern hierin gefolgt zu seyn scheint) standen blos zwey einzelne Fälle von verschiedenem praktischen Erfolg vor Augen, die exceptio Sc. Macedoniani und Vellejani. Sie suchten aus diesen eine allgemeine Regel durch Abstraction zu bilden, und hielten sich dabey an die Eigenschaften derselben, welche zunächst in die Augen fallen, unbekümmert um die Anwendbarkeit der so gefundenen Regel auf andere, ganz ungleichartige Fälle. Und so liegt hierin eine neue Bestätigung der schon öfter vorgetragenen Bemerkung, mit wie vielem Mistrauen solche abstract gefaßte Regeln der alten Juristen behandelt werden müssen (f).

Finden wir uns nun genöthigt, die eben erörterte Regel, ungeachtet ihres quellenmäßigen Scheins, ganz aufzugeben, so läßt sich anstatt derselben eine andere aufstellen,

(e) *L.* 65 § 1 *de cond. ind.* (12. 6.) „... Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, (*et*) *repetitio dabitur.*" *L.* 7. *L.* 8 *de cond. ob turp.* (12. 5.)

(f) Vgl. oben B. 1 § 14 S. 47, § 41 S. 276. B. 3 Beylage VIII. Num. VIII. S. 346. 347.

die ich in der That für richtig halte. Naturalis obligatio iſt überhaupt diejenige, welche im jus gentium ihre Wurzel hat (g). Daher müſſen wir conſequenterweiſe erwarten, daß diejenigen Exceptionen, welche ſich lediglich auf Römiſches jus civile gründen, für eine fortwirkende naturalis obligatio Raum laſſen werden, anſtatt daß die ſchon im jus gentium wurzelnden Exceptionen auch die Zerſtörung der naturalis obligatio mit ſich führen werden. — Und dieſe ſo unterſcheidende Regel findet ſich denn in der That, faſt ohne Ausnahme, durch unzweifelhafte Anwendungen im Einzelnen beſtätigt.

Folgende Exceptionen gründen ſich lediglich auf das poſitive Recht, und laſſen in der That Raum für eine naturalis obligatio, ſo daß bey ihnen, ſelbſt im Fall der irrigen Zahlung, die condictio indebiti ausgeſchloſſen iſt (solutum non repetitur):

Sc. Macedoniani (Note b).

Rei judicatae (Note c).

Als Retorſion wegen jus iniquum (h).

Wegen des ſogenannten beneficii competentiae (i).

Wegen Prozeßverjährung (Note d).

Dagegen ſind folgende Exceptionen ſchon auf das jus gentium gegründet, und bey ihnen iſt es zugleich unzwei-

(g) *L.* 84 § 1 *de R. J.* (50. 17.) „Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus."

(h) *L.* 3 § 7 *quod quisque juris* (2. 2.) „superesse enim naturalem causam quae inhibet repetitionem."

(i) *L.* 8. 9 *de cond. indeb.* (12. 6.).

felhaft, daß keine fortwirkende naturalis obligatio übrig bleibt, daß also das irrig Gezahlte zurückgefordert werden kann:

Exc. pacti (k),

Doli (Note e),

Jurisjurandi (l).

Es findet sich eine einzige Ausnahme in der exceptio Sc. Vellejani, die einen ganz positiven Ursprung hat, und dennoch die naturalis obligatio zerstört (Note b). Hier also fand man einen durchgreifenderen Schutz der Frauen, mit Aufopferung der Rechtsanalogie, nöthig, und diese bestimmte Absicht wird auch in den Worten des Senatsschlusses angedeutet (m). Diese einzelne, mit Bewußtseyn vorgeschriebene, Ausnahme kann also die Wahrheit der aufgestellten Regel nicht zweifelhaft machen.

Legen wir nun diese Regel zum Grund, so können wir über die Behandlung der temporalis exceptio nicht zweifelhaft seyn. Diese gehört ganz dem positiven Recht, nicht dem jus gentium, an, und es muß daher neben ihr eine fortwirkende naturalis obligatio übrig bleiben. Als unmittelbare Bestätigung dafür dient noch die so nahe liegende Analogie der alten Prozeßverjährung (Note d), indem es in der That ganz willkührlich und unnatürlich

(k) *L.* 34 § 11 *de sol.* (46. 3.). *L.* 32 § 1 *L.* 40 § 2 *de cond. ind.* (12. 6.)

(l) *L.* 43 *de cond. ind.* (12. 6.)

(m) *L.* 2 § 1 *ad Sc. Vell.* (16. 1.). Nachdem das Verbot der Klage, gleichlautend mit dem Sc. Macedonianum, ausgesprochen war, (§ 248. m) wird der eigenthümliche Zusatz gemacht: „cum eas ... ejus generis obligationibus obstringi *non sit aequum.*"

wäre, wenn diese beide, so nahe verwandte, Rechtsinstitute eine völlig verschiedene praktische Behandlung erfahren sollten (n).

Folgende allgemeine Betrachtungen können noch als entferntere Bestätigungen der hier vertheidigten, schwächeren Wirkung der Verjährung dienen.

Alle sind darüber einverstanden, daß für die ursprüngliche naturalis obligatio eine Verjährung niemals eintreten kann (§. 248). Es wäre aber ganz grundlos und unnatürlich, denjenigen Gläubiger, welcher durch Verjährung seine Klage verloren hat, in eine nachtheiligere Lage zu versetzen als Den, welcher niemals eine Klage hatte. Soll diese Inconsequenz vermieden werden, so ist dazu kein anderes Mittel übrig, als die naturalis obligatio noch nach der vollendeten Verjährung fortdauern zu lassen (o).

Da ferner die Verjährung der Klagen in rem dem Berechtigten nicht Alles entzieht, was er hatte, sondern nur den Schutz durch Klage, wodurch er freylich mit seinen Hoffnungen auf eine sehr zufällige, unsichere Zukunft verwiesen wird, so ist es ganz consequent, genau denselben Erfolg auch bey den verjährten persönlichen Klagen eintreten zu lassen.

Beide Betrachtungen können insbesondere dazu dienen, die zu weit getriebene Consequenz der Gegner in ihrer

(n) Francke S. 74—78 hat die Wichtigkeit dieser Analogie bemerklich gemacht.

(o) Dieser Grund wird geltend gemacht von Göschen § 154.

Unhaltbarkeit darzustellen. Allerdings ist im Allgemeinen ihre Behauptung zuzugeben, daß die Verjährung den bestehenden factischen Zustand durch Ablauf einer gewissen Zeit unanfechtbar machen soll. Allein sie soll es doch nur, indem sie die gefährlichste Störung jenes Zustandes, das Klagrecht, hinwegräumt. Da nun bey den ursprünglichen naturales obligationes, so wie bey den Klagen in rem, ein Keim möglicher künftiger Streitigkeiten, ungeachtet des Ablaufs sehr langer Zeit, zurück bleiben darf, so kann es nicht mit der angegebenen Bestimmung der Verjährung im Widerspruch stehen, wenn für die civilen Obligationen genau derselbe Erfolg gefordert wird.

Die Gegner suchen die stärkere Wirkung der Verjährung, auf etwas künstliche Weise, aus einer Stelle des Ulpian zu erweisen (p). Bekanntlich wird die actio doli, weil sie den Verurtheilten infamirt, nur da zugelassen, wo dem Betrogenen nicht auf eine schonendere Weise zur Abwendung des Schadens geholfen werden kann. Sie wird daher ausgeschlossen durch jede denselben Zweck erfüllende

(p) *L.* 1 § 4. 6 *de dolo* (4. 3.). Heimbach S. 440—442. — Allerdings werden noch mehrere Stellen, bald für die eine, bald für die andere Meynung geltend gemacht, die aber Nichts beweisen, worauf auch meist weniger Gewicht gelegt wird, und auf die ich hier nicht besonders eingehen will, um nicht die Aufmerksamkeit von den Hauptpunkten abzuziehen. Dahin gehören folgende: *L.* 19 *pr. de neg. gestis* (3. 5.), *L.* 24 *de m. c. don.* (39. 6.) (geht gewiß nicht auf Klagverjährung), *L.* 5. 6 *C. de except.* (8. 36.). Von diesen letzten, so wie von der wichtigen *L.* 5 § 6 *de doli exc.* (44. 4.), welche Guyet S. 78 fg. mit Unrecht als entscheidend für die schwächere Wirkung ansieht, wird unten bey der Verjährung der Exceptionen die Rede seyn (§ 255).

andere Klage oder Exception. Wenn alſo durch Betrug eine Stipulation bewirkt worden iſt, ſo hat der Betrogene deswegen nicht die doli actio, weil er durch die doli exceptio vollkommenen Schutz gegen die Stipulationsklage des Betrügers, die ihm allein ſchaden könnte, erhält (q). Sogar wenn er zu ſeinem Schutz eine andere Klage hatte, dieſe aber durch Verjährung untergehen ließ, wird ihm die doli actio verſagt, weil es nun ſeine eigene Schuld iſt, wenn er ohne Schutz bleibt (r). Nur in dem Fall erhält er dennoch die doli actio, wenn er durch des Gegners Betrug verleitet wird, die Verjährungsfriſt ablaufen zu laſſen (§ 245. i), weil nun die Urſache des Verluſts nicht in der Nachläſſigkeit, ſondern eben in dem Betrug liegt (s). Nun argumentiren die Gegner alſo: Wäre bey dieſer verjährten Klage eine naturalis obligatio übrig geblieben, welche immer eine Exception zur Folge hat (t),

(q) *L.* 1 § 4 *de dolo* (4. 3.) „.. si interdictum sit, quo quis experiri, *vel exceptio*, *qua se tueri possit*, cessare hoc edictum." Allerdings iſt hier ganz beſonders auch die doli exceptio gemeynt, nur nicht dieſe allein, da viele andere Exceptionen denſelben Dienſt leiſten können, und ſogar noch viel bequemer, weil bey ihnen der ſchwierige Beweis des Betrugs vermieden wird. Wird z. B. eine Frau durch Betrug zu einer Bürgſchaft verleitet, ſo braucht ſie weder die actio noch die exceptio doli, weil ſie ohne alle Beweisführung durch die exc. Sc. Velleiani geſchützt iſt. Eben ſo kann es ſich verhalten mit der exc. Sc. Macedoniani, L. Cinciae, L. Plaetoriae, rei judicatae u. ſ. w.

(r) *L.* 1 § 6 *de dolo* (4. 3.) „ ... et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere: sibi imputaturo eo, qui agere supersedit."

(s) *L.* 1 § 6 *de dolo* (4. 3.) unmittelbar hinter den in der Note r abgedruckten Worten: „nisi *in hoc* quoque dolus malus admissus sit, *ut tempus exiret.*"

(t) Dieſes iſt inſofern wahr, als einige der poſitiven Folgen der naturalis obligatio allerdings

so würde der Betrogene durch diese Exception gegen Nachtheil geschützt seyn, also die doli actio nicht haben; da er sie in der That haben soll, so folgt daraus, daß eine Exception, also auch eine naturalis obligatio, nicht vorhanden seyn kann. — Bey dieser Beweisführung liegt aber folgende Verwechslung zum Grunde. Wenn der Prätor die doli actio wegen einer concurrirenden Exception versagt, so meynt er damit eine Exception die wirklich schützt, „qua se tueri possit," und von dieser Art sind auch wirklich die oben (Note q) angegebenen Fälle; dagegen haben diese Natur durchaus nicht die Exceptionen, welche höchst zufälligerweise in Folge einer naturalis obligatio vielleicht einmal künftig gebraucht werden können. Gesetzt also, der Glaubiger, welcher durch des Gegners Betrug verleitet worden war, eine Verjährung ablaufen zu lassen, hatte wirklich noch (so wie wir es behaupten) eine naturalis obligatio übrig, so konnte ihm doch unmöglich der Prätor die doli actio versagen, indem er ihn darauf vertröstete, der Zufall werde vielleicht einmal eine Compensation herbeyführen, oder der Schuldner werde vielleicht aus Irrthum Zahlung leisten, in welchem Fall ihm dann auch

durch Exceptionen geltend gemacht werden, namentlich die Compensation. Ausdrücklich gesagt wird es für die naturalis obligatio im Allgemeinen nicht, sondern nur für die nuda pactio, und hier hat der Satz eine bestimmte praktische Bedeutung dadurch, daß unter pactio oder pactum vorzugsweise ein Erlaßvertrag verstanden wird, dessen unvollständige Wirkung eben in einer Exception gegen die Stipulationsklage des Glaubigers bestand. *L.* 7 § 4 *de pactis* (2. 14.) „Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem."

gewiß die condictio indebiti abgeſchlagen werden ſolle. Vielmehr mußte in einem ſolchen Fall der Prätor die doli actio wirklich zulaſſen, obgleich eine naturalis obligatio noch nach dem Ablauf der Verjährung übrig geblieben war.

§ 250.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Wirkung. (Fortſetzung.)

Bisher iſt die Frage nach der Fortdauer der naturalis obligatio blos von dem Standpunkt allgemeiner Gründe aus erörtert worden. Ich wende mich jetzt zu der Unterſuchung der einzelnen Wirkungen, und dieſe enthalten nicht nur das praktiſch wichtigſte Moment der Frage, ſondern es iſt auch in ihnen vorzugsweiſe die letzte Entſcheidung des Streites zu ſuchen.

Es kommen überhaupt folgende poſitive Wirkungen der naturalis obligatio vor (a):

Solutum non repetere, d. h. die Ausſchließung der condictio indebiti im Fall einer irrig geleiſteten Zahlung.

Compenſation.

Novation.

(a) Nämlich der unterſcheidende Character derſelben, in Vergleichung mit der civilis obligatio, iſt blos negativ, die Abweſenheit der Klage; davon kann hier nicht die Rede ſeyn. — Ich werde die hier aufgezählten poſitiven Wirkungen in anderer Ordnung vortragen, indem ich diejenigen Fälle voran ſtelle, die theils für das wirkliche Leben wichtiger, theils durch reichhaltige Ausſprüche der Rechtsquellen fruchtbarer für unſre Einſicht ſind.

Fidejussion.

Constitutum.

Pfandrecht.

Die vier letzten Wirkungen lassen sich auf den gemeinsamen Begriff von Accessionen der Obligation zurück führen.

Voraus ist noch zu bemerken, daß die Auslegung mehrerer hierher gehörenden Stellen dadurch unsicher wird, daß in denselben der Ausdruck tempore liberari vorkommt. Dieser ist schon an sich selbst vieldeutig, indem er außer der Klagverjährung auch die Prozeßverjährung, oder auch den durch eine L. Furia verordneten Untergang mancher Bürgschaften durch zweyjährige Dauer (b) bezeichnen kann. Er wird aber für unsre Einsicht in den wahren Sinn jener Stellen dadurch doppelt hinderlich, daß die zwey letzten unter den erwähnten Rechtsinstituten im Justinianischen Recht nicht mehr gelten, weshalb die von ihnen ursprünglich redenden Stellen der alten Juristen manche für uns unbestimmbare Interpolationen erhalten haben mögen.

Die Vertheidiger der stärkeren Wirkung müssen consequenterweise die Möglichkeit aller jener Rechtsverhältnisse nach abgelaufener Verjährung verneinen; die Anderen müssen diese Möglichkeit behaupten (c).

(b) Gajus III. § 121. Dieser, durch einen Volksschluß bewirkte Untergang der Obligationen des Sponsor und des fidepromissor trat ohne Zweifel ipso jure ein (da eine Exception dabey nicht erwähnt wird), zerstörte also die Substanz des Rechts selbst, nicht die bloße Klage, und war daher in der Art der Einwirkung von der Verjährung ganz verschieden.

(c) Dieses geschieht nun im Ganzen wirklich, so daß die beiden oben bezeichneten Parteyen

I. Pfandrecht.

Diese Wirkung der bloßen naturalis obligatio ist unter allen die wichtigste, schon deshalb, weil in den meisten Fällen ihr Einfluß unbedingt eintritt, nicht erst von zufälligen Umständen abhängig ist.

Es hat aber die Möglichkeit dieses Rechts (wenn sie vorhanden ist) eine zwiefache Anwendung. Erstlich, indem für eine bereits verjährte Schuldklage ein Pfand neu errichtet werden kann; zweytens, indem das vorher errichtete Pfand fortdauert und wirksam bleibt, auch nachdem die persönliche Schuldklage verjährt ist. Die erste Anwendung ist weder häufig noch wichtig, und wird daher auch in unsren Rechtsquellen nicht erwähnt; desto häufiger und wichtiger ist die zweyte Anwendung, ja man kann sagen, daß in ihr eigentlich das Interesse, so wie die Entscheidung, der ganzen Streitfrage liegt.

Nach allgemeinen Grundsätzen kann ein Pfandrecht nur anfangen, wenn eine wahre, gültige Obligation vorhanden ist, es mag jedoch dieselbe civilis oder naturalis seyn, worauf es nicht ankommt (d). Eben so kann es nur fortdauern solange als eine Obligation fortdauert; aber die Fortdauer auch blos des naturalen Bestandtheils der Obligation ist für die Erhaltung des Pfandrechts völlig hin-

(§ 248. n) auch in diesen Anwendungen einander gegenüber stehen. Kleine Inconsequenzen, welche hier und da mit unterlaufen, werden im Einzelnen bemerkt werden.

(d) *L.* 5 *de pign.* (20. 1.) „Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione ... et vel pro civili obligatione, vel honoraria, *vel tantum naturali* ..."

reichend (e). Hieraus folgen diese zwey Regeln: Wenn nach verjährter Schuldklage eine naturalis obligatio fortdauert, so wird auch das Pfandrecht fortdauern müssen; und wenn umgekehrt sich beweisen läßt, daß nach verjährter Schuldklage ein Pfandrecht fortdauert, so wird daraus rückwärts auf die Fortdauer einer naturalis obligatio geschlossen werden dürfen, da es ohne diese gar nicht fortdauern könnte. — Ehe ich den Beweis unternehme, daß wirklich ein Pfandrecht nach verjährter Schuldklage fortdauert, will ich verwandte Rechtsinstitute mit in die Betrachtung ziehen, wodurch die eben aufgestellten Regeln theils Bestätigung, theils größere Anschaulichkeit finden werden.

Wenn eine Obligation zwar nur per exceptionem aufgehoben wird, aber so daß zugleich die naturalis obligatio untergeht, hört stets auch das Pfandrecht gänzlich auf; so geschieht es bey der exc. pacti und jurisjurandi (f). Wenn dagegen bey der Aufhebung per exceptionem eine naturalis obligatio fortdauert, so bleibt auch das Pfandrecht gültig; so findet es sich bey der exc. rei judicatae, nach einem ungerecht freysprechenden Urtheil (§ 249. c). Dieser wichtige Satz findet Anerkennung in folgender Entscheidung eines Rechtsfalls. Ein Schuldner, der seinen Sklaven verpfändet hatte, tödtet oder verstümmelt denselben

(e) *L.* 14 § 1 *de pign.* (20. 1.) „Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, *pignus perseverare constitit.*"

(f) *L.* 11 § 2 *de pign. act.* (13. 7.), *L.* 13 *quib. modis pign.* (20. 6.), *L.* 40 *de jurej.* (12. 2.). Vgl. oben § 249 k. l.

ben, und vernichtet also oder vermindert den dem Pfandgläubiger haftenden Kaufwerth; hier soll gegen den Schuldner die actio L. Aquiliae gelten. Zwar in den meisten Fällen wird kein Interesse vorhanden seyn, da der Gläubiger dieselbe Summe, die er mit dieser Delictsklage einfordern könnte, auch schon durch die Schuldklage erhalten kann, in welchem Fall er durch die Tödtung des Sklaven gar keinen Nachtheil erleidet. Die Entscheidung wird also nur in solchen Fällen von praktischem Werth seyn, wenn die Schuldklage nicht mehr wirken kann, weil sie durch ungerechtes Urtheil oder einen Prozeßfehler verloren worden ist (g). Damit ist also anerkannt, daß, durch

(g) *L.* 27 *de pign.* (20. 1.) „ .. Fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa cecideraf." Causa cadere kann auf jeden zufälligen Prozeßverlust (bey hier vorausgesetztem wirklichen Recht) gehen; also auf ungerechte Freysprechung sowohl, als auf Verlust wegen plus petere, welcher Verlust auch nur durch Freysprechung eintritt. — Die entgegengesetzte Meynung, nämlich die Befreyung des Pfandes durch Abweisung der Schuldklage, soll nach den Meisten aus folgender Stelle hervorgehen. *L.* 13 *quib. modis pign.* (20. 6.) „ ... si a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, *tamen pignus liberatur.*" Allein liberare bezeichnet nicht nur das ipso jure, sondern auch das per exceptionem (§ 249. a). Durch die Freysprechung von der Schuldklage erwirbt der Schuldner unstreitig auch gegen die Hypothekarklage die exc. rei judicatae, da zur Begründung dieser Klage unter andern auch das Daseyn der Schuld behauptet und bewiesen werden muß. (*L.* 10 *C. de pign. act.* 4. 24. *L.* 1 *C. si pign. conv.* 8. 33.). Allein wenn nun die verpfändete Sache an einen dritten Besitzer kommt, der nicht von dem Schuldner geerbt oder gekauft hat, so hat dieser keinen Anspruch auf die exc. rei judicatae, und nun wirkt das Pfandrecht unbeschränkt fort; Das ist durch den Ausdruck der zuletzt angeführten Stelle auf keine Weise ausgeschlossen. Die in dieser letzten Stelle angestellte Vergleichung mit dem Eid darf also nur nicht zu unbedingt durchgeführt werden, sie ist nur wahr

die Freysprechung von der Schuldklage, die fortdauernde Wirksamkeit des Pfandrechts nicht gehindert wird.

Ich gehe nach dieser Vorbereitung auf die Hauptfrage selbst ein: Wirkt das Pfandrecht fort, nachdem die Schuldklage verjährt ist? Allerdings, und zwar nach dem Zeugniß mehrerer einzelnen Stellen, noch weit entschiedener aber nach den ganz unbestrittenen Regeln über die eigenthümliche Verjährung der Hypothekarklage. Nachdem nämlich die dreyßigjährige Verjährung aller Schuldklagen eingeführt war, blieb dennoch die Hypothekarklage gegen den Schuldner und dessen Erben lange Zeit ganz unverjährbar; dann wurde sie zwar der Verjährung unterworfen, aber doch nur einer vierzigjährigen (§ 238). So giebt es also noch im heutigen Recht Zehen volle Jahre nach verjährter Schuldklage, in welchen das Pfandrecht nicht nur überhaupt fortdauert, sondern selbst auf die allerstärkste Weise, durch Klage gegen den besitzenden Schuldner, geltend gemacht werden kann. Denn das Recht, die verpfändete Sache zu verkaufen, und sich mit dem Kaufgeld bezahlt zu machen, knüpft sich von selbst als nothwendige Folge an jene Klage.

Dieses Argument ist nicht nur der entscheidendste Beweis in dem ganzen Gebiet der vorliegenden Streitfrage, sondern es enthält auch an sich selbst schon das wichtigste praktische Moment in diesem Streit. Sehen wir zu, wie die Gegner demselben zu begegnen suchen.

für das Verhältniß zwischen Glaubiger und Schuldner.

Man sagt, jene vierzigjährige Verjährung gehe nur auf Pfänder für Schulden, die ursprünglich bloße naturales obligationes waren, also selbst keiner Verjährung unterlagen (h). Ich will diesem Einwurf nicht mit der Behauptung Derjenigen begegnen, welche meynen, ein solches Pfand gebe überhaupt keine Klage, sondern eine bloße Retention, wenn der Glaubiger zufällig besitze (i); denn diese Behauptung selbst halte ich für ganz verwerflich. Aber der erwähnte Einwurf ist deswegen unhaltbar, weil die ursprünglichen naturales obligationes in so seltnen, für den Zusammenhang des ganzen Verkehrs ganz unbedeutenden Verhältnissen bestehen, daß für sie eine so ausführliche, sehr in's Einzelne gehende Gesetzgebung, wie die über die Verjährung der Hypothekarklage, gewiß nicht nöthig gefunden worden wäre. Und hätte auch ein Kaiser an der mühsamen Behandlung einer so unpraktischen Spitzfindigkeit Vergnügen gefunden, so würde er doch die Eigenthümlichkeit dieses aus Liebhaberey gewählten Objects bestimmt ausgedrückt haben, wovon aber in jenen Verjährungsgesetzen keine Spur zu finden ist. Bey so unbestimmt allgemeinen Ausdrücken mußte jeder Richter diese Verjährungsgesetze ganz allgemein anwenden, also auch auf die Pfänder für Civilobligationen, ganz gegen die in jener Meynung vorausgesetzte Absicht der Gesetzgeber.

Ein zweyter Versuch, jenes Hauptargument zu ent-

(h) Heimbach S. 457—460. B. 18 § 1076. Vgl. dagegen Francke S. 66 S. 80—85.
(i) Weber natürliche Verbindlichkeit § 107. Glück B. 14 S. 43

kräften, besteht darin. Es soll in jenen Verjährungsgesetzen vorausgesetzt seyn eine Schuldklage, deren Verjährung verhindert worden ist, entweder durch Ausstellung eines neuen Schuldscheins, oder durch Anstellung der Schuldklage (k). Beides aber ist ganz verwerflich; denn der neue Schuldschein unterbricht die Verjährung nicht nur der persönlichen, sondern auch der Hypothekarklage (l); und eben so verhält es sich auch mit der Anstellung der Schuldklage, wodurch gleichfalls die Verjährung beider Klagen zugleich unterbrochen wird (m).

Etwas scheinbarer ist ein neuer Versuch, wodurch die Fortdauer des Pfandrechts nach verjährter Schuldklage (also das wichtigste praktische Moment) zugegeben wird, und nur der Rückschluß auf die fortdauernde naturalis obligatio bekämpft werden soll (n). Hier geht man davon aus, daß auch in mehreren anderen Fällen eine Fortdauer des Pfandrechts, abweichend von allgemeinen Grundsätzen, angenommen werde, blos mit Berufung auf den Buchstaben des Servianischen Edicts: nisi solutum vel

(k) Donellus Lib. 16 C. 26 § 8—10, und Comm. in Codicem in L. 2 C. de luit. p. 372.

(l) *L.* 7 § 5 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.). Kierulff S. 214 sucht dieser Erklärung einen neuen Halt zu geben durch die Voraussetzung, in dem neuen Schuldschein könne dem Pfandrecht ausdrücklich widersprochen worden seyn. Daß die ganze wichtige Gesetzgebung über Verjährung der Hypothekarklage blos mit Rücksicht auf einen so verwickelten, vielleicht noch nie vorgekommenen, Fall erlassen worden sey, ist durchaus undenkbar; es gilt in dieser Hinsicht Alles, und in noch höherem Grade, was oben gegen Heimbach (Note h) bemerkt worden ist.

(m) *L.* 3 *C. de ann. except.* (7. 40.).

(n) Büchel S. 40—61.

satisfactum sit; die Hypothekarklage ſollte nach dieſen Worten ſolange fortdauern, bis der Glaubiger entweder Zahlung empfangen, oder in die Aufhebung eingewilligt hätte. Da nun nach eingetretener Klagverjährung keine dieſer beiden Thatſachen behauptet werden könne, ſo werde, mit Hülfe des bloßen Buchſtabens jenes Edicts, die Hypothekarklage aufrecht erhalten, obgleich gar keine Schuld, nicht einmal eine naturalis obligatio, mehr vorhanden ſey. — Hierauf iſt Folgendes zu antworten. Es kommen allerdings einige Fälle vor, worin jenes etwas ſubtile Verfahren angewendet wird. Dieſe Fälle aber ſind insgeſammt ſo beſchaffen, daß darin, dem ſubtilſten Buchſtaben des Civilrechts gegenüber, eine ganz einleuchtende aequitas geſchützt werden ſoll. Ein ſolcher Schutz würde im Nothfall durch außerordentliche Rechtsmittel, z. B. durch Reſtitution, gewährt werden, und nur um dieſe entbehrlich zu machen, wenden die alten Juriſten jene ſubtile Behandlung des Edicts an. Dieſe Art von Nothwehr wird gebraucht gegen die Confuſion (o); ferner bey dem Sc. Vel-

(o) *L.* 30 § 1 *de exc. rei jud.* (44. 2) „... In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. *Actio tamen pigneraticia competit: verum est enim, et pignori datum, et satisfactum non esse ...*". Der Grund der aequitas liegt hier darin, daß es ganz unnatürlich ſeyn würde, wenn der Pfandglaubiger, durch Erwerb eines neuen Rechts (des Eigenthums), den nachſtehenden Pfandglaubigern gegenüber, deterioris conditionis werden ſollte, indem er die bisherigen Vortheile ſeiner Priorität verlöre.

lejanum (p); endlich auch wenn ein Pfandglaubiger von seinem Schuldner zum Erben eingesetzt wird, aber die ganze Erbschaft als Fideicommiß restituirt. Eigentlich ist hier sowohl die Schuld, als das Pfand, durch Confusion erloschen, aber offenbar gegen die aequitas, weil nach der Absicht der Fideicommißgesetze in einem solchen Fall alle Folgen des Erbschaftserwerbs für den Erben vertilgt werden sollten; daher wird unter andern die Hypothekarklage, mit Hülfe des Buchstabens jenes Edicts, aufrecht erhalten, aber auch ausdrücklich bemerkt, daß hieraus die Fortdauer einer naturalis obligatio zu erkennen sey, indem ja ohne Obligation kein Pfand bestehen kann (q). Vergleichen

(p) *L.* 13 § 1 *ad Sc. Vell.* (16. 1.) „De pignoribus prioris creditoris non est creditori nova actione opus: cum quasi Serviana, quae et hypothecaria vocatur, in his utilis sit, quia *verum est, convenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam.*" Wenn eine Frau expromittirt, so ist sie selbst durch die exc. Sc. Vellejani geschützt, dagegen bekommt der Glaubiger gegen den alten Schuldner eine actio restitutoria (*L.* 1 § 2 *L.* 8 § 11. 12. 13 *eod.*). Diese künstliche Herstellung, sagt die abgedruckte Stelle, soll für die Hypothekarklage nicht nöthig seyn, weil hier schon die buchstäbliche Anwendung des Edicts aushelfe; außerdem würde auch hier die Restitution nicht versagt worden seyn.

(q) *L.* 59 *pr. ad Sc. Treb.* (36. 1.) „. . et hic Serviana actio tenebit: *verum est enim, non esse solutam pecuniam* ... Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, *et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.*" Das: *propter* pignus darf nicht so verstanden werden, als ob bey einer Schuld ohne Pfand keine naturalis obligatio übrig bleiben würde, und als ob diese Obligation in dem vorliegenden Fall keine andere Wirkung, als die Erhaltung des Pfandes hätte. Der Untergang der Obligation durch Confusion gründet sich blos auf das subtile Civilrecht, und bleibt daher ohne Einfluß auf den naturalen Bestandtheil der Obligation. — Diese Stelle besonders hat Büchel (Note n) für seine Ansicht zu be-

wir damit den Fall der eingetretenen Klagverjährung, so hat dieser eine ganz verschiedene, ja entgegengesetzte Natur. Unsere Gegner behaupten ja gerade, daß durch die Verjährung auch die naturalis obligatio aufgehoben werde, welches nichts Anderes sagen will, als daß die Aufhebung nicht nur zum allgemeinen Besten, sondern selbst im Einverständniß mit dem jus gentium, der aequitas, geschehe. Wenn aber Dieses, so ist gar kein Grund vorhanden, den Buchstaben des Edicts gegen die vollständige Ausführung dieser aequitas in's Feld zu führen, ein Verfahren, welches ohnehin höchstens als Abwehr des subtilsten Civilrechts erträglich gefunden werden kann. Hier wäre es vielmehr natürlich gewesen, der aequitas ihren freyen Lauf zu lassen, und die gänzliche Aufhebung der Schuld und des Pfandrechts auf keine Weise zu stören. — Muß nun auch dieser Versuch für mislungen erkannt werden, so bleibt es bey unsrer ursprünglichen Behauptung, daß die Fortdauer der Hypothekarklage nach verjährter Schuldklage ein unwiderleglicher Beweis für die fortdauernde naturalis obligatio ist.

Ich füge nun noch die einzelnen, hier in Betracht kom-

nutzen gesucht. Befriedigend handelt von derselben, den richtigen Standpunkt festhaltend, Francke S. 86—107. Er macht unter andern S. 103 die gute Bemerkung, daß jene Worte des Edicts (nisi solutum) ohne Zweifel in die Fassung der Intentio bey der Hypothekarklage aufgenommen zu werden pflegten. Dadurch bekommt diese buchstäbliche Anwendung eine recht praktische Beziehung auf das Verfahren des Arbiter, welcher nach dem Inhalt dieser Intentio zu urtheilen angewiesen war.

menden, Stellen hinzu, von welchen ich voraus bemerke, daß keine derselben eine so überzeugende und entscheidende Kraft hat, wie das eben durchgeführte allgemeinere Verhältniß.

Ein Reſcript des K. Gordian lautet alſo (r):

Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota.

Ich zweifle nicht, daß hier beſonders an den Fall der Klagverjährung gedacht iſt (s), aber ſie kann doch eben ſo gut auch auf die Prozeßverjährung oder die Klageconſumtion bezogen werden, und iſt ſchon deshalb kein ſicherer Beweis für unſre Behauptung. Dazu kommt aber der wichtigere Grund, daß der Satz nicht in buchſtäblicher Allgemeinheit wahr iſt. Actio submota heißt Wegräumung des bloßen Klagrechts, Aufhebung durch Exception. Wird nun etwa eine Stipulation durch bloßes Pactum aufgehoben, ſo iſt auch actio submota, aber: vincula pignoris non durant (Note f). Alſo will das Reſcript, nach einer oft vorkommenden Ausdrucksweiſe, nur ſagen: es kann zuweilen das Pfandrecht fortdauern ungeachtet der actio submota (t), oder: actio submota iſt nicht allgemein und nothwendig Grund der Zerſtörung eines Pfandrechts (u).

(r) *L.* 2 *C. de luitione* (8. 31.).

(s) In der That wird dafür submovere actionem gebraucht. *L.* 21 *C. de evict.* (8. 45.). Vgl. Averanius II. 12 § 20.

(t) So daß alſo durare ſteht für: durare *posse*.

(u) Ich glaube daher, daß auf dieſe Stelle von beiden Parteyen mehr Gewicht gelegt wird, als ihr zukommt. Donellus (Note k) glaubt, die von ihm vertheidigte Meynung gegen dieſe Stelle nicht anders retten zu können, als in-

Paulus sagt, wenn ein verpfändeter Sklave von einem Dritten getödtet werde, so könne außer dem Eigenthümer auch der Pfandglaubiger die Aquilische Klage anstellen, insofern er ein Interesse bey dem Tod des Sklaven habe; dieses Interesse aber könne er haben, erstlich wenn der Schuldner insolvent sey, zweytens „quod litem tempore amisit" (v). Hier ist nun unzweifelhaft anerkannt, daß der Verlust der Schuldklage durch Zeitablauf das Pfandrecht nicht zerstört, die Stelle ist aber deswegen nicht ganz entscheidend, weil es ungewiß bleibt, ob Paulus dabey an die Klagverjährung oder an die alte Prozeßverjährung gedacht hat; ich glaube jedoch, daß seine Entscheidung für beide Fälle gleich richtig und anwendbar ist (§ 249. d).

Pomponius erzählt folgenden Fall. Zehen Tage vor Ablauf der Verjährung einer Schuldklage expromittirt ein Minderjähriger, und wird nachher gegen diese Handlung restituirt. Hier soll auch der Glaubiger ganz in seine frühere Lage zurück versetzt werden. Daraus folgt erstlich, daß ihm die noch übrigen Zehen Tage zur Anstellung der Klage verstattet werden; zweytens, daß das vom ersten Schuldner bestellte Pfand wiederum gültig wird und nun für immer gültig bleibt (x).

dem er höchst gewaltsam, anstatt durare, ließt: *non* durare. Unrichtig ist es, die Stelle durch Verbindung mit *L.* 1 *eod.* erklären zu wollen. Vgl. Cujacius observ. V. 32, und über die Stelle im Allgemeinen, Franke S. 78—80.

(v) *L.* 30 § 1 *ad L. Aquil.* (9. 2.).

(x) *L.* 50 *de minor.* (4. 4.) „.. ideoque et pignus, quod dederat prior debitor, manet obligatum." Eigentlich nämlich war durch die Expromission des

§. 251.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Wirkung. (Fortsetzung.)

II. Bürgschaft.

Hierbey kommen dieselben zwey Fragen vor, wie bey dem Pandrecht (§ 250); Gültigkeit der für eine schon verjährte Schuldklage geleisteten Bürgschaft; Fortdauer der Bürgschaft, die vor Ablauf der Verjährung, etwa gleichzeitig mit der Entstehung der Hauptschuld geleistet wurde. Auch hier wird wieder die zweyte Frage größere Wichtigkeit haben. Beide Fragen werden, nach der von mir vertheidigten Meynung, für die Gültigkeit der Bürgschaft beantwortet werden müssen; von den Gegnern in entgegengesetzter Weise.

In diesem Fall vorzüglich tritt die oben (§ 250) bemerkte Vieldeutigkeit der von der Befreyung durch Zeit redenden Stellen hindernd in den Weg; nicht eine einzige der hier einschlagenden Stellen giebt für unsre Frage ein sicheres Resultat.

Folgender Ausspruch des Paulus ist der wichtigste; er be-

Minderjährigen, so wie durch jede Novation, das Pfandrecht ganz zerstört (*L.* 18 *de nov.* 45. 2.), und es wird nur in Folge der Restitution wieder hergestellt. Indem aber hier diese Herstellung für das Pfand ohne alle Einschränkung anerkannt wird, folgt daraus, daß der nahe Ablauf der Zehen Tage nur auf die Schuld, nicht auf das Pfand, Einfluß haben soll. — Diese Stelle übrigens handelt unzweydeutiger, als die übrigen, von der Klagverjährung: „.. qui *temporali actione* tenebatur tunc, cum adhuc supererant decem dies ..". So konnte man von der Prozeßverjährung unmöglich sprechen.

zieht ſich auf den oben angegebenen erſten Fall, da nach Ablauf der Zeit die Bürgſchaft geleiſtet wird (a):

> Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur: quoniam erroris fidejussio nulla est.

Die Stelle läßt ſich am einfachſten von der Klagverjährung, und zwar von dem Standpunct unſrer Meynung aus, erklären. Der durch Verjährung bereits befreyte Schuldner giebt einen Bürgen; dieſer iſt an ſich (ipso jure) wohl verpflichtet, da er aber die Exceptionen des Hauptſchuldners mit genieſt (b), ſo macht er ſich durch die temporis praescriptio deſſelben frey (non tenetur, nämlich cum effectu). Dabey wird jedoch vorausgeſetzt, daß er die abgelaufene Verjährung nicht kannte; denn wenn er ſie kannte, ſo hat er ohne Zweifel gerade mit Rückſicht auf ſie die Bürgſchaft geleiſtet, und dann muß ſeine temporis praescriptio durch die doli replicatio ausgeſchloſſen werden. — Wären nicht die letzten Worte, ſo könnte die Stelle eben ſo ungezwungen aus der Meynung der Gegner erklärt werden; nun würde nämlich das non tenetur ſo zu verſtehen ſeyn: ipso jure non tenetur, wegen der zerſtörten naturalis obligatio. Dieſer Erklärung aber ſtehen die letzten Worte entgegen, da unter dieſer Vorausſetzung der Irrthum durchaus ohne Einfluß ſeyn würde (c).

(a) *L.* 37 *de fidej.* (46. 1.).

(b) *L.* 7 *pr.* § 1 *de exc.* (44. 1.), vgl. oben § 227.

(c) Aus demſelben Grund kann ich auch nicht die Erklärung einräumen, nach welcher die Stelle von einem auf eine gewiſſe Zeit beſchränkten Vertrag ſprechen ſoll. (Unter-

— Die Stelle läßt sich aber eben sowohl von der Prozeßverjährung, als von der Klagverjährung erklären, und ist deswegen für unsre Meynung nicht ganz entscheidend. — Dagegen kann sie nicht bezogen werden auf die L. Furia (d), weil im Fall derselben wieder der Irrthum ganz gleichgültig seyn müßte.

Nicht im Widerspruch mit der hier gegebenen Erklärung steht folgende Stelle des Scävola, die übrigens die Verjährung nicht besonders erwähnt (e):

> Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, *teneri fidejussorem respondit:* cum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure, aut exceptione liberandum.

Wenn eine naturalis obligatio zurück bleibt, so ist stets der Bürge ipso jure fortwährend verpflichtet (teneri respondit). Damit ist aber wohl vereinbar, daß er bald doch per exceptionem befreyt werde, so wie ich es für den Fall der Klagverjährung annehme (f), bald auch nicht, wenn nämlich die Exception eine ganz individuelle Natur

holzner II. S. 113.) Denn nach Ablauf dieser Zeit ist es inanis obligatio geworden, und die nachher übernommene Bürgschaft ist unwirksam ohne Rücksicht auf Irrthum.

(d) Dieses wäre so zu denken, daß ein Sponsor oder Fidepromissor, nach Ablauf der ihm durch die L. Furia bestimmten zwey Jahre, einen fidejussor gestellt hätte.

(e) *L.* 60 *de fidej.* (46. 1.). Diese Stelle ist schon oben, § 249. a, zu einem andern Zweck benutzt worden.

(f) Das teneri wird also hier in einem anderen Sinn genommen, als in der vorhergehenden Stelle; aber beide Bedeutungen kommen überhaupt vor, so daß jede derselben vorausgesetzt werden darf, wie es gerade das Bedürfniß der Erklärung einer Stelle mit sich bringt.

hat, wie z. B. bey dem sogenannten beneficium competentiae (g). — Die Stelle wird dadurch undeutlich, daß sie aus dem Zusammenhang gerissen ist. So z. B. fehlt zwischen beiden hier genannten Fällen ein dritter, in der Mitte liegender, wenn die Befreyung zwar nur per exceptionem, aber mit Zerstörung der naturalis obligatio, eingetreten ist; in diesem Fall ist der Bürge gewiß nicht mehr verpflichtet, so z. B. wenn die durch Stipulation entstandene Hauptschuld durch Pactum aufgehoben wird.

Bey einigen anderen Stellen, die hier angeführt zu werden pflegen, muß an dieser Stelle der Beweis genügen, daß sie gewiß nicht von der Klagverjährung zu verstehen sind (h).

III. Constitutum.

Auch für die Wirksamkeit des Constitutum kommen die-

(g) *L.* 7 *pr.* § 1 *de exc.* (44. 1.)

(h) *L.* 38 § 4 *de solut.* (46. 3.). Sie geht nicht auf Klagverjährung, sondern entweder auf Prozeßverjährung, oder auf die L. Furia. Denn Africanus könnte doch unmöglich an eine andere Klagverjährung denken, als an die der prätorischen Annalklagen; diese aber hatten utile tempus, wobey die Zeit der Abwesenheit ipso jure abgerechnet wurde, also nicht zu einer Restitution Veranlassung gab. Bey jenen beiden Instituten dagegen wurde nach tempus continuum gerechnet. Vgl. oben B. 4. § 190. S. 441. 442. — *L.* 29 § 6 *mand.* (17. 1.), *L.* 69 *de fidej.* (46. 1.), *L.* 71 § 1 *de sol.* (46. 3.). Diese drey Stellen sprechen von einem fidejussor tempore liberatus, und sie könnten nur dadurch hierher gezogen werden, daß man diese Befreyung auf die für den Hauptschuldner eingetretene Klagverjährung bezöge, womit aber schon die Ausdrücke theilweise nicht zu vereinigen seyn würden. Von einer Verjährung der Bürgschaftsklage können sie nicht verstanden werden, weil diese zur Zeit der alten Juristen gar keine Verjährung hatte. Sie gehen ganz ohne Zweifel ursprünglich auf die L. Furia, und sind nur durch Interpolation etwas unverständlich gemacht worden.

selben zwey Fragen vor wie bey dem Pfandrecht, je nachdem dasselbe nach oder vor Ablauf der Verjährung geschlossen worden ist. Nach meiner Meynung ist in beiden Fällen das Constitutum gültig, weil dieses überhaupt nur eine naturalis obligatio als Grundlage erfordert (i). Nach der entgegengesetzten Meynung, wenn sie consequent durchgeführt werden soll, müßte es in beiden Fällen ungültig seyn.

Ulpian scheint diese Fragen zu behandeln in folgender Stelle, worin sogar einmal ausdrücklich der Ausdruck temporalis actio vorkommt, und die ich deshalb zuerst von der Verjährung zu erklären versuchen will (k). Damit das Constitutum gültig sey, sagt er, muß die zum Grund liegende Obligation gültig seyn, aber es ist hinreichend daß sie es sey zu der Zeit, worin das Constitutum geschlossen wird. Ist also die Gültigkeit der Obligation auf Zeit beschränkt, und wird constituirt vor Eintritt des Zeitpunkts, so bleibt das Constitutum auch nachher gültig. Ja selbst wenn in dem Constitutum die Zahlung ausdrücklich

(i) *L.* 1 § 7 *de pec. const.* (13. 5.) „Debitum autem vel natura sufficit."

(k) *L.* 18 § 1 *de pec. const.* (13. 5.). Zunächst möchte man an eine Vergleichung dieser Stelle mit der von der Bürgschaft handelnden (Note a) denken. Hier ist aber der Hauptunterschied der, daß bey der Bürgschaft immer zwey Schuldner vorkommen, anstatt daß in unsrer Stelle von dem s. g. constitutum debiti proprii die Rede ist, also von einem Schuldner, der nicht eine fremde Schuld übernimmt, sondern seine eigene bestärkt oder modificirt. Proinde temporali actione *obligatum constituendo* .. teneri debere;" also der obligatus ist zugleich der, welcher constituirt.

versprochen wird auf einen nach dem Untergang der ersten Obligation fallenden Zeitpunkt, so ist und bleibt es dennoch gültig. Damit schließt Ulpians Ausspruch; es liegt aber unwidersprechlich im Hintergrund der nicht ausgedrückte Satz, daß das Constitutum ungültig sey, wenn es geschlossen werde erst nach dem Zeitpunkt, mit welchem die erste Obligation aufgehört hat. Versteht man also die Stelle überhaupt von der Verjährung, so würde sich Ulpian in dieser besondern Anwendung halb für die eine, halb für die andere der streitenden Parteyen erklären (l).

Schon dieses ist ein Grund, weshalb ich die Stelle gar nicht von der Klagverjährung verstehe. Es kommt aber der andere Grund hinzu, daß in der zweyten Hälfte der Stelle Ausdrücke gefunden werden, die niemals ein alter Jurist von der bloßen Verjährung der Klagen gebraucht hat (m). Ich glaube daher, daß die Stelle gar nicht hierher gehört, und daß darin Ulpian geradezu von einem Fall der L. Furia gesprochen hat. Die Dunkelheit der Stelle ist dann dadurch entstanden, daß die Compilatoren die von einem verschwundenen Rechtsinstitut redende Stelle aufgenommen, und daß sie Dieses durch Interpolationen zu verstecken gesucht haben, so daß namentlich die Worte temporali actione und temporalis actionis an die

(l) Daher nimmt denn einer der eifrigsten Vertheidiger der stärkeren Wirkung der Klagverjährung hier eine Ausnahme an, indem er einräumt, daß das vor Ablauf der Verjährung geschlossene Constitutum auch nachher wirksam fortdauere. Büchel S. 72. 73.

(m) *L.* 18 *cit.* „post tempus obligationis" und: „eo tempore constituit, quo erat obligatio."

Stelle derjenigen Ausdrücke eingeschoben worden sind, wodurch ursprünglich Ulpian seinen ganz anderen Gedanken bezeichnet hatte.

IV. Compensation.

Darüber haben wir keine Äußerungen der alten Juristen; es sind aber folgende Fälle zu unterscheiden.

Wenn ich Etwas schuldig werde Demjenigen, gegen welchen ich eine noch unverjährte Klage auf dieselbe Summe habe und dann die Verjährung abläuft, so werden jetzt Alle annehmen, daß sich die beiden Forderungen sogleich ipso jure zerstört haben, so daß von einer Verjährung nicht weiter die Rede seyn kann. Für die Zeit vor Justinian aber, als die Compensation nur per exceptionem wirkte, müssen sich auch in dieser Anwendung die beiden Meynungen über die stärkere oder schwächere Wirkung der Klagverjährung streitend gegenüber stehen. Ob jedoch dieser Zustand nicht noch im heutigen Recht fortdauert, und ob Justinians Ausspruch von der ipso jure eintretenden Wirkung der Compensation so buchstäblich zu nehmen ist, oder nicht — das ist eine Frage, die an diesem Ort auf sich beruhen muß.

Es bleibt noch der andere Fall übrig, wenn ich meine Schuldklage habe verjähren lassen, und nun aus einem andern Grunde meinem bisherigen Schuldner dieselbe Summe schuldig werde; auch hier begegnen sich wieder die streitenden Meynungen. Nach der von mir vertheidigten muß ich gegen die Schuldklage des Andern meine Ge-

genforderung im Wege der Compenſation geltend machen können, weil ſie als naturalis obligatio fortdauert, und Dieſes für die Compenſation hinreicht (n); es ſind jedoch einige Anhänger dieſer Meynung ihr in dieſer beſondern Anwendung nicht treu geblieben, haben alſo hier eine Ausnahme der von ihnen außerdem anerkannten Regel angenommen (o). Nach der entgegengeſetzten Meynung wird hier ganz conſequenter Weiſe die Möglichkeit der Compenſation verneint.

V. Novation.

Hier ſtellt ſich die Frage einfacher, als in den bisher abgehandelten Fällen. Wird nämlich vor Ablauf der Verjährung die Novation vorgenommen, ſo iſt die alte Obligation ganz vernichtet, und von Verjährung kann nicht weiter die Rede ſeyn.

Es bleibt alſo nur die Frage übrig, ob eine nach Ablauf der Klagverjährung vorgenommene Novation wirkſam iſt. Hierüber haben wir keine Ausſprüche unſrer Rechtsquellen, es muß alſo der allgemeine Widerſtreit nur auf dieſen beſonderen Fall conſequent angewendet werden; dieſes

(n) *L.* 6 *de compens.* (16. 2.) Etiam quod natura debetur, venit in compensationem."

(o) Unterholzner II. S. 314. 315. Seine Gründe ſind: erſtlich die Zweckmäßigkeit (die aber, wenn ſie da wäre, auch in anderen Anwendungen gelten möchte), zweytens *L.* 14 *de compens.* (16. 2.) „Quaecumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt." Ich glaube, daß dieſe Stelle durch *L.* 6 *eod.* (Note n) beſchränkt werden müſſe, Unterholzner nimmt das entgegengeſetzte Verhältniß an. — Vgl. dagegen Puchta Lehrbuch § 77, und Glück B. 15 S. 64. 65, wo viele Schriftſteller für beide Meynungen angeführt ſind.

jedoch mit folgender Modification. Wenn die Novation von dem alten Schuldner selbst nach Ablauf der Verjährung vorgenommen wird, und dieser es weiß, daß die Verjährung vollendet ist, dann können selbst die Gegner die Gültigkeit der Novation, unbeschadet der Consequenz, einräumen. Denn nun liegt in derselben augenscheinlich ein Verzicht auf den Vortheil der Verjährung; von dessen selbstständiger Natur aber wird noch in der Folge gesprochen werden. Dasselbe muß bey der von einem Dritten vorgenommenen Expromission gelten, wenn dabey der Schuldner mitgewirkt hat, wie es meistens geschehen wird.

VI. Solutum non repetere.

Hier ist die Frage eben so einfach, wie bey der Novation. Die vor Ablauf der Verjährung geleistete Zahlung zerstört die Schuld gänzlich, und macht jeden Fortgang einer Verjährung unmöglich. Es bleibt also nur die Frage übrig, ob die nach abgelaufener Verjährung aus Irrthum geleistete Zahlung Grund einer condictio indebiti ist oder nicht. Diese Frage muß nach dem allgemeinen Grundsatz von beiden streitenden Parteyen auf entgegengesetzte Weise beantwortet werden; einen sicheren Ausspruch unsrer Rechtsquellen besitzen wir über diese Frage nicht (p).

(p) *L.* 25 § 1 *ratam rem* (46. 8.), beurtheilt folgenden Fall. Ein debitor tempore liberatus hatte vor eingetretenem Zeitpunkt an einen unbevollmächtigten Procurator Zahlung gegen Caution geleistet, der Glaubiger genehmigt nach jenem Zeitpunkt; diese Genehmigung soll unwirksam seyn, offenbar weil zur Zeit ihrer Er-

Zum Schluß ſind noch die Vorſchriften neuerer Geſetzgebungen über die Wirkung der Verjährung darzuſtellen.

Das Preußiſche Landrecht nimmt nach vielen Stellen den Untergang des Rechts ſelbſt, alſo eine Zerſtörung der Obligationen ipso jure, als Folge der vollendeten Verjährung an (q). Ja es kann eigentlich keine andere Anſicht geltend machen, da es die Klagverjährung nicht, wie das Römiſche Recht, als ein eigenthümliches Rechtsinſtitut behandelt, ſondern blos als einen einzelnen Fall der allgemeinen Verjährung durch Nichtgebrauch (§ 246). Eine Beſtätigung findet ſich in einer der oben unterſuchten praktiſchen Anwendungen, indem beſtimmt iſt, daß eine verjährte Forderung nicht zur Compenſation taugen ſoll (r). Bey dem Pfandrecht kommt, für die wichtigſte Geſtalt deſſelben, die Regel in Betracht, daß gegen alle in ein Hypothekenbuch eingetragene Rechte gar keine Verjährung zugelaſſen wird, weder durch Beſitz noch durch Nichtgebrauch (s). Ganz fremdartig, und ohne eigentlichen Einfluß, ſtehen

theilung die Schuld untergegangen war. Wäre eine naturalis obligatio übrig geweſen, ſo hätte in Beziehung auf dieſe die Genehmigung Kraft haben müſſen. — Allein wir haben durchaus keinen Grund, die Stelle auf die Verjährung zu beziehen; ſie iſt ganz befriedigend von einem auf beſchränkte Zeit geſchloſſenen Vertrag zu erklären, oder auch von der L. Furia, deren nähere Bezeichnung durch Interpolation verwiſcht ſeyn mag. Das erkennen ſelbſt die Gegner an. Heimbach S. 449.

(q) A. L. R. I. 9 § 501. 502 (das Recht verloren), § 564 (verloſchenes Recht), I. 16 § 7 (Rechte erlöſchen durch Verjährung).

(r) A. L. R. I. 16 § 377.

(s) A. L. R. I. 9 § 511.

daneben die zwey Paragraphen, die, in Übereinstimmung mit Rave, der Verjährung eine bloße Praesumtion der Tilgung zuschreiben (§ 246).

Dieselbe Behandlung der Sache findet sich auch im Österreichischen Gesetzbuch (t) und eben so im Französischen (u); überall wird gänzlicher Untergang des verjährten Rechts selbst angenommen. In Sachsen ist Dieses durch ein besonderes Landesgesetz anerkannt (v).

Man könnte noch fragen, welche Bestimmung in dieser Hinsicht für die Zukunft räthlich sey; hierauf aber ist an diesem Ort eine befriedigende Antwort unmöglich. Wird überhaupt die Römische Ansicht von einer naturalis obligatio, als einem abgesonderten Rechtsinstitut, anerkannt, so scheint mir auch für die Wirkung der Klagverjährung die hier dargestellte Regel des Römischen Rechts die allein consequente. Wird jene Ansicht überhaupt aufgegeben, so hat es kein Bedenken, die Sache so einfach und durchgreifend zu behandeln, wie es in den neueren Gesetzgebungen geschehen ist. Praktisch erheblich ist eigentlich nur die Anwendung auf die Compensation und auf das Pfandrecht; und auch diese letzte nur, insofern für die Hypothekarklage gegen den Schuldner eine ganz eigenthümliche Klagverjährung, abweichend von allen übrigen, beybehalten wird.

(t) Oesterreich. Gesetzbuch § 1479. 1499 (Erlöschung der Rechte).

(u) Code civil art. 1234 „Les obligations *s'éteignent* .. par la prescription." Art. 2219 „La prescription est un moyen d'acquérir ou de se *libérer*.."

(v) Haubold Sächsisches Privatrecht § 276.

§. 252.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Ausnahmen.

Es giebt ausgenommene Fälle, worin die Klagverjährung entweder ganz wegfällt, oder nach anderen, als den hier vorgetragenen, Regeln beurtheilt wird.

I. Stillſtand der Verjährung. Dieſer kann begründet werden gleich Anfangs, oder auch während der laufenden Verjährung; im erſten Fall fängt ſie erſt ſpäter an, im zweyten wird ihr Lauf gehemmt, ſo lange als der thatſächliche Grund des Stillſtands dauert, dann wird ſie fortgeſetzt, gleich als ob dieſer Zwiſchenzuſtand nicht eingetreten wäre.

Eine ſolche Suspenſion iſt daher wohl zu unterſcheiden von der Unterbrechung, wodurch die früher angefangene Verjährung für immer vernichtet wird, und nie wieder fortgeſetzt werden kann (§ 242. 243.). Die Fälle der Suspenſion ſind folgende:

A. Wenn der Klagberechtigte der Inhaber eines ſ. g. peculii adventitii iſt, oder ein Unmündiger, oder ein Minderjähriger; bey dieſem letzten mit Ausnahme der dreyßigjährigen Verjährung (a).

B. Wenn bey einjährigen oder noch kürzeren Verjährungen die Klage durch ein zufälliges Hinderniß nicht angeſtellt werden kann (b).

C. In einigen beſonderen Fällen, worin eine Rechts-

(a) Vgl. oben B. 3 Beylage VIII. Num. XXVII. XXVIII.

(b) Wegen des utile tempus. Vgl. oben B. 4 § 189. 190.

regel die Klage hemmt, ohne das Recht zu zerstören, welches unsre Juristen durch die Regel ausdrücken: Agere non valenti non currit praescriptio (c). Dahin gehören diese Fälle: die Vindication von Baumaterialien, so lange dieselben Bestandtheile eines stehenden Gebäudes sind (d); die Schuld, welche durch ein Moratorium der Klage entzogen ist (e); die Erbschaftsklagen während der Verfertigung eines Inventarii, oder während einer laufenden Deliberationsfrist (f).

II. An sich unverjährbare Rechtsverhältnisse. Alle Verjährung soll blos dahin führen, einen gegenwärtigen factischen Zustand so zu fixiren, als ob er ein rechtlicher wäre, so z. B. einen Besitz, die Unterlassung einer geforderten Zahlung u. s. w. (g). Dabei wird die rechtliche Möglichkeit eines solchen unabänderlichen Zustandes vorausgesetzt, welche auch in den allermeisten Fällen gar nicht zu bezweifeln ist. Es giebt jedoch einige Fälle, worin wegen dieser fehlenden Möglichkeit auch die Klagverjährung für unzulässig erklärt werden muß. Dahin gehören in gewisser Beziehung die Theilungsklagen. Gegen die a. communi dividundo oder familiae erciscundae gilt keine Verjährung zu dem Zweck, daß das gemeinschaftliche Gut nun für immer ungetheilt bleiben müßte;

(c) Diese Regel ist nur eine consequente Fortbildung der für den Anfang der Verjährung aufgestellten Grundbedingung: actio nata. Vgl. Göschen S. 439.

(d) § 29 *J. de rer. div.* (2. 1.), *L.* 7 § 10 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.).

(e) *L.* 8 *in f. C. qui bonis* (7. 71.)

(f) *L.* 22 § 11 *C. de j. delib.* (6. 30.).

(g) *L.* 4 *C. de praescr. XXX* (7. 39.) „sed quicunque super quolibet *jure* .. sit securus .."

gegen die a. finium regundorum ſo, daß die verwirrten, unſicheren Gränzen nie feſt beſtimmt werden dürften. Wohl aber gilt die Verjährung, wenn mit dieſen Klagen entweder eine Zahlung als Ausgleichung und Entſchädigung gefordert wird, oder auch ein feſter Beſitz, welchen der Beklagte, über die richtigen Gränzen hinaus, 30 Jahre lang gehabt hat (h).

Etwas Ähnliches läßt ſich behaupten, wenn der Beklagte gegen das Interdict uti possidetis nicht etwa eine Servitut, ſondern die dreyßigjährige Gewohnheit einer bloßen Störung und Beunruhigung des Eigenthums behaupten wollte, die als ein rechtloſer Zuſtand durch keine Verjährung geſchützt werden kann (i).

III. Bey vielen einzelnen Klagen gelten abweichende Verjährungsfriſten, welche jedoch zweckmäßiger im beſonderen Theil des Syſtems vorgetragen werden.

Hier will ich nur diejenigen Klagen zuſammenſtellen, die von aller Verjährung gänzlich ausgenommen ſind, wobey jedoch ſogleich bemerkt werden muß, daß dieſelben für das heutige Recht theils gar nicht mehr vorkommen können, theils (bey den Steuern) als ganz unverjährbar nicht mehr anerkannt ſind:

(h) Auf ſolche Fälle ſind zu beziehen *L.* 1 § 1 *C. de ann. exc.* (7. 40.), *L.* 6 *C. fin. reg.* (3. 39.) Vgl. überhaupt Rave § 147—150. Thibaut Verjährung S. 123. 126. Göſchen I. S. 426. 429.

(i) Man kann dieſen Fall, mit demſelben Erfolg, noch von einer andern Seite auffaſſen. Jede einzelne Beſitzſtörung iſt eine ſelbſtſtändige Thatſache, unabhängig von früheren Handlungen, woraus alſo auch wieder eine ganz neue Beſitzklage entſteht.

1) Die Klage auf Steuerreste (k).

2) Die Klage einer Stadt gegen Curialen, die sich ihren Standespflichten entziehen (l).

3) Die vindicatio in libertatem, wenn ein angeblich Freyer bisher im Sklavenstand gelebt hat (m).

4) Die Vindication eines Colonen von Seiten des Grundherrn (n).

IV. Vertrag.

Ein Vertrag, wodurch die Verjährung ganz ausgeschlossen, oder in ihren Bedingungen oder Wirkungen modificirt werden soll, kann auf zweyerley Weise gedacht werden: vor oder nach Ablauf der Verjährung.

Vor Ablauf der Verjährung, unter andern gleich bey Abschluß des Rechtsgeschäfts, worauf sich künftig eine Klagverjährung beziehen könnte, halte ich einen solchen Vertrag für ganz unwirksam. Die Verjährung ist in dem Sinn juris publici, daß sie der Privatwillkühr entzogen ist (o), auf dieselbe Weise wie die ihr nicht unähnlichen Regeln und Formen des Prozesses, und wie die Natur des Eigenthums, welches auch nicht durch Vertrag zu einem unveräußerlichen Recht gemacht werden kann (p). Jedoch wird diese Meynung von mehreren Schriftstellern bestritten (q);

(k) *L.* 6 *C. de praescript.* XXX. (7. 39.), vgl. oben § 238.

(l) *L.* 5 *C. de praescr.* XXX. (7. 39.), vgl. oben § 238.

(m) *L.* 3 *C. de longi temp. pr. quae pro lib.* (7. 22.). Selbst 60 Jahre sollen nicht im Wege stehen.

(n) *L.* 23 *pr. C. de agric.* (11. 47.).

(o) *L.* 38 *de pactis* (2. 14.), *L.* 45 § 1 *de R. J.* (50. 17.).

(p) *L.* 61 *de pactis* (2. 14.).

(q) Rave § 167 ist meiner

der Grund, der dagegen hauptsächlich geltend gemacht wird, beruht auf folgender Bestimmung des Römischen Rechts. Wenn ein Käufer das Recht willkührlicher Auflösung des Kaufcontracts ausbedingt, so kann er dieses ausdrücklich auf unbeschränkte Zeit vorbehalten. Wird aber über die Zeit gar Nichts gesagt, so soll es so angesehen werden, als wäre dieser Vorbehalt auf 60 Tage geschehen (r). Diese Stelle beweißt deswegen nicht den von den Gegnern behaupteten Satz, weil sie überhaupt nicht von der Klagverjährung spricht, sondern von der bloßen Interpretation eines unbestimmten Vertrags, die dann natürlich einer ausdrücklichen Erklärung weichen muß (s).

Dagegen ist es nach Ablauf der Verjährung durchaus gestattet, dieselbe durch Vertrag aufzuheben, das heißt auf die durch dieselbe erlangten Vortheile ganz oder theilweise zu verzichten. Dieses müssen auch Diejenigen einräumen, welche nach abgelaufener Verjährung die Fortdauer einer naturalis obligatio verneinen. Denn auch Diese geben zu, daß die Verjährung nur per exceptionem wirke, das Recht einer Exception aber ist jeder neuen Modification durch Rechtsgeschäfte empfänglich (§ 225).

Mit der hier für das Römische Recht vorgetragenen

Meynung; Eichmann in einer Note zu dieser Stelle hat die entgegengesetzte Meynung; eben so auch Unterholzner I. § 28.

(r) *L.* 31 § 22 *de aedil ed.* (21. 1.).

(s) Als Verjährung kann es schon deswegen nicht betrachtet werden, weil hier aus dem Vertrag noch nicht eine actio nata abgeleitet werden kann, eben so wie bey dem Nebenvertrag über Rückverkauf (§ 241).

Ansicht stimmt völlig überein das Französische Gesetzbuch, welches auch nur den Verzicht auf eine schon erworbene Verjährung anerkennt (t). Eben so auch das Oesterreichische (u). Anders das Preußische, welches außer dem Verzicht auf die erworbene Verjährung (§ 245. h) auch die Ausschließung einer künftigen durch Vertrag gestattet, jedoch nur unter ganz besonderen Beschränkungen (v).

§. 253.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Anwendung auf Exceptionen.

Die Verjährung der Klagen ist nunmehr vollständig dargestellt, und es bleibt zum Schluß dieser Lehre nur noch die Frage zu beantworten übrig, ob von dieser Art der Aufhebung auch irgend eine Anwendung auf Exceptionen, also zum Vortheil des Klägers, zu machen ist. Da die bisher dargestellte Verjährung auf die Klagen vermittelst einer praescriptio oder exceptio angewendet wurde, so läßt sich diese Frage auch so ausdrücken: Ist es zulässig, die Verjährung in Gestalt einer temporis replicatio geltend zu machen?

Bevor diese wichtige und sehr bestrittene Frage selbst untersucht werden kann, ist es nöthig, aus dem Gebiet

(t) Code civil art. 2220—2222.

(u) Oesterreich. Gesetzbuch § 1502.

(v) A. L. R. I. 9 § 565—567. 669. Der Vertrag darf nur ein bestimmtes Recht oder eine bestimmte Sache betreffen, auch muß er bey Strafe der Nichtigkeit gerichtlich verlautbart, und, wenn er ein Grundstück zum Gegenstand hat, in das Hypothekenbuch eingetragen seyn.

derſelben zwey Fälle zu entfernen, deren Einmiſchung die Löſung der Aufgabe nicht wenig erſchwert hat.

Erſtlich giebt es Fälle, in welchen eine Exception nicht anders erlangt werden kann, als mit Hülfe einer Reſtitution. Da nun jede Reſtitution urſprünglich an die Friſt eines utilis annus gebunden war (jetzt Vier Kalenderjahre), ſo pflegt man wohl zu ſagen, daß in dieſen Fällen die Exception einer kurzen Verjährung unterworfen ſey. Beyſpiele ſind dieſe: Wenn ein Minderjähriger Bürgſchaft leiſtet, ſo bedarf er einer Reſtitution, um ſich gegen die Stipulationsklage durch Exception zu ſchützen (a). Wenn die Sache eines Abweſenden uſucapirt wird, ſo bedarf er in der Regel einer Reſtitution zum Behuf einer rescissoria in rem actio; hat er jedoch durch Zufall den Beſitz wieder erlangt, ſo genügt ihm eine Exception gegen des Andern Vindication, die aber nicht weniger an alle Bedingungen und Formen der Reſtitution geknüpft iſt, alſo auch an die kurze Verjährungsfriſt, indem das Eigenthum durch Uſucapion wahrhaft verloren war (b). — Es iſt jedoch eine ganz falſche Auffaſſung, hier die Verjährung auf die Exception zu beziehen, da ſie vielmehr lediglich zur Reſtitution als ſolcher gehört, bey welcher es dann ganz gleichgültig iſt, ob ſie zur Vermittlung einer Klage, Exception, Replication dienen ſoll, oder irgend eines andern Rechts,

(a) *L.* 7 § 3 *de minor.* (4. 4.).

(b) *L.* 28 § 5 *ex quib. causis maj.* (4. 6.) „Exemplo rescissoriae *actionis* etiam *exceptio* ei, qui reipublicae causa afuit, competit: forte si res ab eo possessionem naneto vindicentur."

z. B. des Erwerbs einer unvorsichtig ausgeschlagenen Erbschaft, oder der Befreyung von einer unvorsichtig angetretenen, da sie überall dieselbe Natur hat, nämlich die einer durchgreifenden Veränderung des vorhandenen Rechtszustandes aus exceptionellen Gründen (c). Wie wenig selbst in den angeführten Beyspielen die Verjährung mit der durch Restitution vermittelten Exception zusammen hängt, zeigt sich deutlich darin, daß es in ihnen zur Zeit des alten Prozesses ganz zufällig war, ob es zur Ertheilung einer Exception kam. Denn wenn der Prätor die Thatsachen völlig übersah, also nicht erst zu deren Feststellung eines Juder bedurfte, so entschied er die Sache sogleich definitiv, und es kam dann weder eine actio, noch eine exceptio oder replicatio vor; dennoch war auch hier die Frist der Restitution nicht weniger unerläßlich (d).

(c) Hieraus erhellt die völlige Verschiedenheit der Restitution von den Actionen und Exceptionen, welche nur Schutzmittel für ein wirklich vorhandenes Recht sind, jene zum Angriff, diese zur Vertheidigung zu gebrauchen.

(d) Dieses erhellt sehr deutlich aus *L.* 9 § 4 *de jurejur.* (12. 2.). Ein Minderjähriger hatte als Kläger einen Eid deferirt, nun bekommt er gegen die exceptio jurisjurandi, durch Restitution, eine Replication. Übersieht jedoch der Prätor die Thatsachen völlig, so giebt er keine Replication, sondern schlägt sogleich selbst die Exception ab, und giebt die Klage als judicium purum. „Ego autem puto, hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum Praetorem debere cognoscere an captus sit, et sic in integrum restituere ... Praeterea *exceptio ista, sive cognitio,* statutum tempus post annum vicesimum quintum non debet egredi." Was hier zuletzt exceptio genannt wird, ist nichts Anderes, als die früher genannte replicatio (vgl. § 229. a), und Ulpian sagt hier ganz deutlich, die Restitutionsfrist sey gleich unerläßlich, es möge zu einer förmlichen replicatio kommen, oder durch des Prätors cognitio diese

Zweytens wird in unsre Frage ungehörig eingemischt die exceptio non numeratae pecuniae. Wenn über ein Darlehen ein Schuldschein ausgestellt ist, so soll dieser zwey Jahre lang (früher Fünf Jahre) nicht als Beweis gebraucht werden können. Das nennt man die Verjährung der exceptio non numeratae pecuniae (e), und glaubt also damit wenigstens für Eine Exception die Verjährung bewiesen zu haben, deren Möglichkeit dann auch wohl auf andere Exceptionen angewendet werden könne. Allein diese Frist, die übrigens in unsren Quellen nirgend mit der Klagverjährung zusammen gestellt wird, bezieht sich in der That gar nicht auf die Exception als solche, sondern lediglich auf diese ganz eigenthümliche Regel über den Gebrauch von Beweisurkunden. Diese Behauptung läßt sich von zwey Seiten her rechtfertigen. Gesetzt, es wäre in einem solchen Fall kein Schuldschein ausgestellt, und es würde aus der mit dem angeblichen Darlehen verbundenen Stipulation geklagt, so wäre von dem Beklagten ganz dieselbe doli exceptio, wie in jenem Fall, zu gebrauchen, nur könnte keine Rede von einer Frist seyn, weil keine eigenthümliche Beweisregel zur Anwendung käme. Wenn

Incidentfrage gleich unmittelbar erledigt werden.

(e) Daß dieses Rechtsmittel überhaupt eine Exception genannt wird, erklärt sich blos aus der Römischen Sitte, mit dem Darlehen eine Stipulation zu verbinden. Aus der Stipulation wurde geklagt, deren Daseyn war nicht abzuleugnen, und so bedurfte der Beklagte eine doli exceptio, die in dieser besonderen Anwendung non numeratae pecuniae heißt. Gegen die reine Darlehensklage hätte eine absolute Verneinung genügt, die Beweisregeln aber blieben dieselben. § 2 *J. de except.* (4. 13.).

dagegen umgekehrt ein Schuldschein ausgestellt ist, so kann jene eigenthümliche Beweisregel nicht blos im Wege einer Exception, sondern auch einer Klage, zur Anwendung gebracht werden, wobey dann dieselbe Frist wie bey der Exception gilt (f). Diese Klage ist keine andere, als die gewöhnliche condictio sine causa oder ob causam datorum, und wollte man dabey jene Frist gleichfalls als Verjährung ansehen, so müßte man diese Condictionen schon sehr frühe als temporales actiones behandeln, da doch ganz gewiß alle Condictionen bis zum J. 424 perpetuae waren (§ 238). Es geht hieraus hervor, daß die erwähnte Frist lediglich in Beziehung steht mit jener ganz besonderen Regel vom Urkundenbeweis, nicht mit der allgemeinen Lehre von der Verjährung der Rechtsmittel, daß sie also mehr Verwandschaft hat mit den Prozeßfristen, als mit der Klageverjährung. Daher darf denn auch von dieser Frist durchaus keine Anwendung gemacht werden bey der nunmehr anzustellenden allgemeinen Untersuchung über die Verjährbarkeit der Exceptionen.

Nachdem diese zwey Fälle von unsrer Untersuchung ganz ausgeschieden worden sind, soll die Frage nach der Verjährbarkeit der Exceptionen selbst beantwortet werden. Um dabey auch nicht vorübergehend einem Zweifel Raum zu lassen, will ich mich gleich im Eingang dahin aus-

(f) *L.* 14 § 4 *L.* 8. 9 *C. de non num. pec.* (4. 30.). Vgl. unten § 254. g. h.

sprechen, daß ich alle Exceptionen ohne Ausnahme für ganz unverjährbar halte.

Es sind hierbey Drey Klassen möglicher Fälle zu unterscheiden, und es ist für jede dieser Klassen die Zulässigkeit der Verjährung besonders zu untersuchen.

I. Exception ohne Klage.

II. Exception und Klage neben einander.

III. Klage ohne Exception.

Erste Klasse. Exception ohne Klage.

Die Beurtheilung dieser Fälle macht am Wenigsten Schwierigkeit, ist auch niemals Gegenstand eines Streites gewesen. Denn es wäre widersinnig, Demjenigen die Strafe einer Nachlässigkeit aufzubürden, welcher gar nicht thätig seyn konnte, da es ganz in der Willkühr des Gegners steht, die Klage anzustellen oder zu unterlassen (g).

Diese Fälle übrigens sind die seltneren, und daher auch für den praktischen Erfolg der ganzen Untersuchung von geringerer Erheblichkeit. Ein sicherer Fall dieser Klasse ist folgender. Wenn der Besitzer eines Grundstücks mit einer Vindication belangt, und rechtskräftig freygesprochen wird, so erwirbt er gegen den Kläger eine exceptio rei

(g) Man könnte sagen, es stehe bey ihm, durch eine Provocation den Gegner zur Klage zu zwingen; allein dieses außerordentliche Rechtsmittel, welches die neuere Praxis als bloße Nothhülfe, und zugleich als eine bloße Wohlthat für den Provocanten, eingeführt hat, kann nicht auf solche Weise in den Rechtsverkehr eingreifen, daß der unterlassene Gebrauch desselben als Nachlässigkeit angesehen und bestraft werden könnte, indem dadurch jene Wohlthat eine sehr gefährliche Seite erhalten würde. Unterholzner II. § 157.

judicatae, aber keine Klage, weil der Inhalt des Urtheils nur das Recht des Klägers verneinte, dem Beklagten aber kein positives Recht zusprach (h). Diese Exception kann unstreitig der Beklagte gebrauchen, auch wenn nach mehr als 30 Jahren dieselbe Klage von dem vorigen Kläger oder einem Successor desselben wiederholt wird.

§. 254.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Anwendung auf Exceptionen. (Fortsetzung.)

Zweyte Klasse. Exception und Klage neben einander.

Für diesen Fall, den häufigsten und wichtigsten unter allen, ist zuvörderst der Begriff genau festzustellen.

Gewöhnlich denkt man ihn so, daß der Berechtigte zwischen diesen beiden Rechtsmitteln die Wahl habe, und daß er durch jedes denselben Zweck erreichen könne; deswegen, glauben Manche, müsse die Vernachlässigung der Klage auch den Verlust der damit identischen Exception mit sich führen.

Allein diese Auffassung ist aus mehreren Gründen verwerflich. Zuerst können niemals Klage und Exception gleichzeitig anwendbar seyn, als Gegenstände freyer Wahl

(h) *L.* 15 *de exc. rei jud.* (44. 2.). Gewöhnlich rechnet man hierher auch den Fall der doli exceptio (*L.* 5 § 6 *de doli exc.* 44. 4.), weil durch deren Daseyn die doli actio ausgeschlossen werde (§ 249. q); für diese aber wird weiter unten eine andere Ansicht aufgestellt werden (§ 255).

des Berechtigten. Denn der Gebrauch der Exception kann stets nur durch den Entschluß des Gegners zur Klage herbeygeführt werden, ist also vorher gar nicht möglich. Der wahre Sinn jener scheinbaren Concurrenz liegt nur darin, daß neben meinem wirklich vorhandenen Klagrecht, welches jeden Augenblick nach Willkühr gebraucht werden kann, zugleich alle factische Bedingungen für eine Klage des Gegners, und für meine Exception, *wenn* diese Klage angestellt werden sollte, vorhanden sind (a). Es ist also ein großer Unterschied zwischen einem solchen Fall, und der Concurrenz der Klagen (§ 231 fg.); bey dieser hatte der Berechtigte wirklich die Wahl zwischen zwey gleichartigen Thätigkeiten; hier hat er nur die Wahl zwischen Thätigkeit und unthätigem Abwarten. — Zweytens ist auch die angebliche Identität des Zwecks nur *ungefähr* wahr, nämlich nur wenn man auf den letzten äußeren Erfolg sieht, nicht auf die wahre juristische Wirkung. Denn diese besteht (wenn ich den Prozeß gewinne) bey der Klage in Verurtheilung des Gegners, bey der Exception in mei-

(a) Wenn mir durch Drohung eine Veräußerung abgezwungen wird, und ich die Sache zufällig wieder in Besitz bekomme, so ist der gegenwärtig beschriebene Fall vorhanden, da alle Bedingungen vorhanden sind für eine Vindication des Gegners (welcher wirklich Eigenthümer ist) und meine Vertheidigung durch metus exceptio. Wenn dagegen der Gegner im Besitz ist, so habe ich eine Klage aber keine Exception, da der Gegner jetzt nicht die Möglichkeit einer Klage gegen mich hat. Es muß also erst eine neue Thatsache eintreten (Verlust des Besitzes an mich), damit der Gegner eine Klage erlange, und ich (für den Fall ihrer Anstellung) eine Exception. Daher gehört dieser letzte Fall zur dritten Klasse.

ner eigenen Freysprechung, also in zwey juristisch ganz verschiedenen Ereignissen. Nur kann oft der Erfolg dieser Ereignisse für den Umfang und die Sicherheit meines Vermögens ziemlich derselbe seyn; ob er Dieses sey oder nicht, Das ist von sehr ungleichen und zufälligen Umständen abhängig.

Ehe ich die Beurtheilung dieser Klasse von Fällen unternehme, will ich dieselbe durch eine Reihe von Beyspielen anschaulich zu machen suchen, damit über die Natur und die Gränzen der Klasse selbst keine Unklarheit übrig bleibe. In jedem dieser Fälle kommt es darauf an, ob die Verjährung der Klage zugleich den Verlust der (in dem oben bestimmten Sinn) concurrirenden Exception nach sich zieht, oder nicht; denn dahin haben sich die beiden Meynungen in dieser Lehre ausgebildet.

1) Es wird im J. 1841 ein Landgut verkauft, so daß die Tradition sogleich, die Zahlung des Kaufgeldes im J. 1843 erfolgen soll; von beiden Seiten unterbleibt die Erfüllung. Hier verjährt die a. emti im J. 1871, die a. venditi im J. 1873 (weil sie erst 1843 angestellt werden konnte). In dieser ganzen Zeit aber hatte auch jeder Theil die exceptio non impleti contractus, wenn es etwa dem Gegner einfiel zu klagen. Wird nun die a. venditi im J. 1872 angestellt, so fragt es sich, ob der Käufer, dessen eigene Klage schon seit einem Jahr verjährt ist, dennoch die erwähnte Exception gebrauchen kann (b).

(b) Ich bejahe diese Frage, Unterholzner II. § 159 verneint

2) Ein gekauftes Pferd stirbt bald nach dem Kauf an einem heimlichen Fehler, noch vor gezahltem Kaufgeld. Hier hat der Käufer eine redhibitoria actio auf Befreyung von seiner Schuld, die in Sechs Monaten verjährt; daneben, wenn der Verkäufer auf das Kaufgeld klagt, auch eine Exception (c). Es fragt sich aber, ob diese Exception, ungeachtet der Verjährung der Klage, noch gebraucht werden kann, wenn die actio venditi nach Ablauf der Sechs Monate angestellt wird (d).

3) Bey einer erzwungenen Stipulation hat der Schuldner die Wahl, ob er mit der a. quod metus causa auf Acceptilation klagen, oder die Stipulationsklage abwarten, und sich dann mit der exceptio metus vertheidigen will (e). Nach dreyßig Jahren ist die Klage gewiß verjährt; es fragt sich, ob nun auch die Exception verloren ist (f).

4) Wenn einem Schuldner von seinem Glaubiger die

sie. — Hier ist selbst der materielle Erfolg der Rechtsmittel sehr verschieden; durch die Klage wird Erfüllung bewirkt, durch die Exception Nichterfüllung (wenn nicht etwa der Kläger die Erfüllung anbietet, welches in dieser Lage ganz bey ihm steht). Nach Umständen kann es dem Käufer ganz gleichgültig seyn, ob von beiden Seiten erfüllt oder nicht erfüllt wird; vielleicht auch ist ihm die Erfüllung sehr wichtig.

(c) *L.* 59 *pr.* § 1 *de aedil. ed.* (21. 1.).

(d) Auch diese Frage, die ich bejahe, wird von Unterholzner II. § 159 verneint. — Hier ist der materielle Erfolg der Klage und der Exception ganz gleich. Eben so in allen folgenden Fällen.

(e) *L.* 9 § 3 *quod metus* (4. 2.).

(f) In den meisten Fällen freylich wird diese Frage deswegen nicht vorkommen können, weil die Stipulationsklage zu gleicher Zeit mit der a. quod metus causa verjährt seyn wird. Es giebt aber Fälle, worin ihre Verjährung erst später anfängt, z. B. wenn die erzwungene Stipulation in diem geschlossen war. Diese Bemerkung paßt auch auf die zwey folgenden Fälle.

Befreyung von der Schuld legirt wird, so hat er die Wahl, entweder gegen den Erben auf Acceptilation zu klagen, oder die Schuldklage abzuwarten und sich durch Exception zu schützen (g). Es entsteht dieselbe Frage, wie in dem vorhergehenden Fall.

5) Wenn eine Geldsumme durch Stipulation versprochen wird aus einem irrig angenommenen Rechtsgrund, etwa wegen eines vorausgesetzten, aber nicht wirklich empfangnen Darlehens, so kann der Schuldner mit einer condictio sine causa auf Acceptilation klagen (h). Er kann aber auch die Stipulationsklage abwarten, und dann die doli exceptio entgegensetzen (i).

6) Ist ein ohne gehörigen Grund enterbter naher Verwandter zufällig im Besitz der Erbschaft, so kann er dennoch die querela inofficiosi anstellen, weil ein an sich gültiges Testament vorhanden ist, welches er durch Klage anzufechten hat. Er kann aber auch die hereditatis petitio des eingesetzten Erben abwarten, und dann seine Beschwerde als Exception vorbringen (k).

(g) *L.* 3 § 3 *de liberatione leg.* (34. 3.).

(h) *L.* 1 *pr. L.* 3 *de cond. sine causa* (12. 7.), *L.* 31 *de cond. indeb.* (12. 6.). Vgl. oben § 253. f.

(i) *L.* 5 § 1 *de act. emti* (19. 1.), *L.* 3 *C. de cond. indeb.* (4. 5.). — Es ist wesentlich dieselbe Exception, welche oben als exceptio non numeratae pecuniae erwähnt worden ist, nur hier in ihrer reinen Gestalt, ohne Einwirkung der besonderen Regel über den Urkundenbeweis.

(k) *L.* 8 § 13 *de inoff. test.* (5. 2.). In diesem Fall, wie in dem unter Num. 2 angeführten, war die Klage auch schon zur Zeit der alten Juristen einer Verjährung unterworfen; in den übrigen hier zusammengestellten Fällen war sie es damals nicht.

Ich wende mich jetzt zur Beurtheilung der zu dieser zweyten Klasse gehörenden Fälle, deren Natur durch eine Reihe von Beyspielen dargestellt worden ist.

Man kann dabey zuerst versuchen, die oben behandelte Streitfrage von der Wirkung der Klagverjährung (§ 249) zur Anwendung zu bringen. Nimmt man nach Ablauf derselben eine fortdauernde naturalis obligatio an, so folgt daraus nothwendig die Unverjährbarkeit der Exception, da Jeder zugeben wird, daß diese aus dem früher vorhandenen Klagrecht noch übrige unvollständige Obligation allein schon hinreichen würde, eine Exception zu begründen. Aus der entgegengesetzten Meynung möchte man geneigt seyn, auch unsre jetzt vorliegende Frage auf entgegengesetzte Weise zu entscheiden; dennoch folgt daraus diese Entscheidung nicht nothwendig. Denn man kann die bisher vorhandene Exception auch als ein selbstständiges Recht, unabhängig von der daneben stehenden Klage, betrachten, und dann haben die verschiedenen Meynungen über die Wirkung der Klagverjährung darauf gar keinen Einfluß. Wir sind dann vielmehr veranlaßt zu untersuchen, ob das Institut der Klagverjährung an sich selbst, nach seinem eigenen Geist und Zweck (§ 237), zu einer analogen Anwendung auf die Exceptionen geeignet ist, und diesen Standpunkt halte ich in der That für den einzigen, von welchem aus eine befriedigende Lösung der vorliegenden Streitfrage zu erwarten ist.

Auf den ersten Blick möchte man glauben, die Nach-

lässigkeit, die den allgemeinsten Grund der Verjährung bildet, sey auch hier wahrzunehmen, da in der That der Berechtigte klagen konnte und zu klagen unterlassen hat. Allein bey genauerer Betrachtung verschwindet dieser Schein. Die Nachlässigkeit, woraus die Klagverjährung entspringt, besteht darin, daß der Berechtigte unterläßt, den ihm entzogenen Genuß eines Rechts durch Klage wieder zu gewinnen. Derjenige aber, von welchem hier die Rede ist, hat im Wesentlichen den Genuß seines Rechts, und die Klage, die er verjähren ließ, hätte ihm für diesen Genuß eigentlich nur eine andere und vollständigere Rechtsform verschaffen können, ohne seinen Zustand wesentlich zu verbessern. — Und auf denselben Erfolg führt die genauere Betrachtung der Lage, worin sich der Gegner befindet. Der erste und allgemeinste Zweck der Klagverjährung geht dahin, daß der factische Zustand, so wie er viele Jahre hindurch ohne Anfechtung bestanden hat, vollkommene Rechtssicherheit erlange. In den Fällen aber, von welchen hier die Rede ist, hat Der, welcher jetzt die Verjährung der Exception in Anspruch nehmen möchte, den ruhigen Genuß eines solchen factischen Zustandes noch gar nicht gehabt; es war stets ein zweydeutiges, unentschiedenes Verhältniß gewesen, welches auch ihn veranlassen konnte, schon früher mit einer Klage aufzutreten, wenn auch die Verjährungszeit dieser Klage jetzt noch nicht abgelaufen seyn mag (Note f).

Soll nun ferner als Grund der Verjährung auch die

Verminderung der Prozesse gelten, insofern diese nicht zum Schutz eines sicheren Rechts unentbehrlich sind, so handelt ja Der, von welchem hier die Rede ist, ganz im Sinn der Verjährungsgesetze. Er unterläßt aus Liebe zum Frieden die Klage, die ihm meist nur eine größere formelle Sicherheit gewährt hätte, indem er sich mit dem ihn befriedigenden materiellen Zustand begnügt.

Endlich ist ein besonders wichtiger Grund der Verjährung, die durch lange Zögerung für den Beklagten oft sehr erschwerte Vertheidigung, worauf der Kläger sogar mit unredlicher Absicht hinwirken kann. Die hieraus entstehende Gefahr aber trifft in unsrem Fall gerade Denjenigen selbst, welchen wir noch nach der Verjährungszeit zum Gebrauch der Exception zulassen wollen; er selbst leidet darunter, nicht sein Gegner, so daß dadurch Niemand unbillig verletzt wird. Zwar könnte man sagen, der Gegner habe vielleicht eine Replication, deren Gebrauch ihm nun durch die Länge der Zeit erschwert werde. Allein theils ist der Fall der Replicationen an sich weit seltner und unerheblicher, als die sehr mannichfaltige erste Vertheidigung des Beklagten; theils hatte der Gegner, nach unsrer Voraussetzung, auch selbst stets ein Klagrecht, und er hat es also sich selbst zuzuschreiben, wenn zu seinem Nachtheil die Erledigung des streitigen Rechtsverhältnisses so lange verzögert worden ist.

Das Gewicht dieser allgemeinen Gründe wird recht einleuchtend durch die nähere Betrachtung der beiden ersten

Fälle, die oben als Beyspiele angegeben worden sind. Wenn bey dem gekauften Landgut beide Contractsklagen so viele Jahre versäumt wurden, so lag es ohne Zweifel daran, daß bey genauerer Erwägung kein Theil ein großes Interesse an der Erfüllung des Vertrags fand. Sie unterließen die Aufhebung desselben, weil jeder Theil noch im Genuß seines ursprünglichen Zustandes war, und die weitere Entwicklung äußerer Umstände abwarten wollte, um einen letzten Entschluß zu fassen. Wenn nun dieser Zustand gegenseitiger Zögerung und Unschlüssigkeit bis zum J. 1872 fortdauert, so wäre es doch die größte Ungerechtigkeit, den Käufer das Geld und das Landgut zugleich verlieren zu lassen, blos weil zufälligerweise im Vertrag verschiedene Zeitpunkte der gegenseitigen Leistungen ausbedungen waren.

Nicht anders verhält es sich mit dem gekauften und bald nachher gestorbenen Pferd. Vielleicht hat der Käufer dem Verkäufer den Tod sogleich angezeigt, und da dieser keine Einwendung machte (ohne doch ausdrücklich auf das Kaufgeld zu verzichten), sich damit begnügt, daß noch kein Geld bezahlt sey. Die Annahme einer Verjährung der Exception wäre ohne Vergleichung härter, als die Verjährung der redhibitorischen Klage auf das schon bezahlte Kaufgeld seyn würde.

Dritte Klasse. Klage ohne Exception.

Dieser Fall ist so zu denken, daß der in seinem Recht Verletzte, welcher ein Klagrecht hat, in einer solchen Lage

sich befindet, worin der Gegner keine Klage gegen ihn, also auch er keine Exception gegen Jenen, anwenden kann. Erst nach vollendeter Klagverjährung ändern sich die Thatsachen so, daß der Gegner eine Klage gegen ihn erwirbt, und nun von seiner Seite eine Exception gedacht werden könnte, deren Verjährung jetzt in Frage kommt.

Ein Beyspiel ist dieses. Der Eigenthümer eines Grundstücks wird durch Drohungen zur Veräußerung eines Landgutes bestimmt, und der Gegner erhält sich fortwährend im Besitz. Hier hat er die actio quod metus causa, aber zu einer Exception fehlt es an allen factischen Bedingungen, da der Andere weder das Bedürfniß noch die Möglichkeit hat, gegen ihn zu klagen. Nachdem die Klage verjährt ist, erhält der Gezwungene durch Zufall den Besitz, der Andere stellt gegen ihn die Eigenthumsklage an, und es fragt sich ob er die exceptio metus vorschützen kann, oder ob diese zugleich mit der gleichnamigen Klage verjährt ist.

Die Fälle dieser Klasse sind weniger häufig und wichtig, als die der vorhergehenden.

Hier hängt, wie ich glaube, die Entscheidung der Frage lediglich von der Meynung ab, die von der Wirkung der Klagverjährung gefaßt wird. Wer eine fortdauernde naturalis obligatio nach vollendeter Verjährung annimmt, so wie ich, muß die Verjährung der Exception verwerfen, da diese Obligation hinreicht, um eine Exception zu erzeugen, wozu erst jetzt das Bedürfniß entstanden ist, und in deren Gebrauch daher keine Versäumniß Statt

finden konnte. Wer die naturalis obligatio verneint, wird damit zugleich die Grundlage für die Entstehung jener Exception leugnen (l). Die praktischen Gründe aber, welche in den Fällen der zweyten Klasse das Verfahren des Verletzten gegen den Vorwurf der Nachlässigkeit rechtfertigen, und dadurch dem Verlust der Exception, unabhängig von jener Streitfrage, entgegen standen — diese Gründe fallen hier allerdings hinweg.

§. 255.

Aufhebung des Klagrechts. III. Verjährung. Anwendung auf Exceptionen. (Fortsetzung.)

Bisher ist diese Streitfrage blos von dem Standpunkt allgemeiner Gründe betrachtet worden; es bleibt übrig zu untersuchen, was darüber in den Quellen des Römischen Rechts zu finden ist.

Die einzige Stelle, die mit Grund für diese Frage benutzt werden kann, ist in folgenden Worten des Paulus enthalten (a).

> Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam haec perpetuo competit: cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure: is autem cum

(l) Hier fällt also die Frage zusammen mit der schon oben aufgeworfenen, wegen der Möglichkeit der Compensation; vorausgesetzt, daß ich meine Klage habe verjähren lassen, und die Forderung des Gegners, welche ich durch Compensation bestreiten will, erst nach vollendeter Verjährung entstanden ist. Vgl. § 251. Num. IV.

(a) *L.* 5 § 6 *de doli exc.* (44. 4.).

quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.

Von Mehreren ist diese Stelle als Beweis für die Verjährbarkeit der zur zweyten Klasse gehörenden Exceptionen durch folgende Auslegung geltend gemacht worden (b). Wenn ich durch Betrug zu einer Stipulation verleitet worden bin, so ließe sich ein zwiefacher Schutz für mich denken, durch doli actio, und durch doli exceptio gegen die Stipulationsklage des Betrügers. Da mich aber diese letzte hinreichend schützt, so soll mir die erste, zur Schonung der Ehre des Gegners, versagt werden (c). Daher gehört dieser Fall zur ersten Klasse, indem der Betrogene lediglich eine Exception und keine Klage hat. Dazu paßt auch der am Schluß der Stelle angegebene Grund, welcher die Abwesenheit aller Nachlässigkeit voraussetzt; und eben dieser Grund beweist für die entgegengesetzte Behandlung der Fälle zweyter Klasse, weil in diesen in der That eine Klage möglich war, deren Versäumniß also eine Nachlässigkeit in sich schließt. — So weit diese Auslegung, die ich aus folgenden Gründen verwerfen muß.

In dem angeführten Fall hat der betrogene Schuldner allerdings auch eine Klage, nur nicht die infamirende, auf kurze Zeit eingeschränkte doli actio, sondern eine actio in factum, welche dem Betrogenen in so weit Entschädigung verschafft, als der Betrüger außerdem reicher seyn

(b) Rave § 165. Unterholzner II. § 157.

(c) *L.* 1 § 4. *L.* 40 *de dolo* (4. 3.).

würde, also gerade so weit als auch die doli exceptio reicht (d). Diese Klage sogleich anzustellen kann für den Betrogenen zuweilen sehr wichtig seyn, weil er vielleicht jetzt den Beweis des Betrugs mit Sicherheit führen wird, der ihm in spätere Zeit durch den Tod der Zeugen entgehen kann. Mithin gehört dieser Fall in der That nicht zur ersten sondern zur zweyten Klasse (e), und spricht also vielmehr für unsre Meynung. Ja auch der am Schluß angeführte Grund ist, genauer angesehen, unsrer Meynung günstig. Denn obgleich der Betrogene nach der hier aufgestellten Ansicht jeden Augenblick klagen könnte, so ist es doch wörtlich wahr, was hier Paulus sagt, daß er im Gebrauch der Exception gar keinen eignen Willen hat, sondern ganz von der Willkühr des Gegners abhängt, der zur Anstellung seiner Klage die Zeit wählen kann, die ihm die vortheilhafteste scheint. Daher würde es ungerecht seyn, die Exceptionen als solche irgend einer Verjährung zu unterwerfen, und davon allein ist hier die Frage. — Ich glaube also, daß diese Stelle, durch die in ihr ausgesprochene Rechtsansicht, die Unverjährbarkeit der Exceptionen zweyter Klasse unterstützt. Nur kann ich sie freylich nicht für eine unmittelbare Entscheidung der vorliegenden Streitfrage halten. Damit sie Dieses seyn könnte, müßte Paulus in der That an die Concurrenz einer Exception mit einer verjährbaren Klage denken, und er

(d) *L.* 28. 29 *de dolo* (4. 3.). ähnlich dem oben erwähnten von der metus exceptio (§ 254. e).

(e) Der Fall ist also ganz

müßte die Fortdauer der Exception nach Ablauf der Klagverjährung behaupten. Die wirklich concurrirende actio in factum aber war zu seiner Zeit perpetua im strengsten Sinn des Wortes, ohne alle Verjährung, der Fall, der ihm vorschwebte, war also von unsren Fällen der zweyten Klasse verschieden, und Paulus begnügte sich, Dasjenige zu verneinen, was in seiner Zeit allein in Frage gestellt werden konnte, nämlich die Beschränkung der doli exceptio auf die kurze Dauer der gleichnamigen doli actio, von welcher die Gegner mit Recht behaupten, daß sie mit der doli exceptio nicht concurrirt, da sie durch diese letzte vielmehr ausgeschlossen ist.

Die übrigen Stellen greifen in unsre Streitfrage noch weniger ein, als die eben erklärte, und ich will sie nur deswegen erwähnen, damit nicht ein dunkler Raum übrig bleibe, welcher stets ein Gefühl von Unsicherheit zu erregen pflegt (f).

Ein Rescript von Diocletian lautet also (g):

(f) Einige derselben, die wohl auch angeführt werden, lassen sich mit wenigen Worten abthun. Die *L.* 9 § 4 *de jurejur.* (12. 2.), worauf Unterholzner II. § 158 Gewicht legt, spricht von Verjährung der Restitution, nicht der Exception. Vgl. § 253. d. — *L.* 8 § 13 *de inoff.* (5. 2.) spricht weder für noch gegen die Verjährung der Exception, sondern nur im Allgemeinen von ihrer Zulässigkeit. Vgl. § 254. i. — Die *L.* 30 § 6 *de peculio* (15. 1.) kann man nur dadurch auf die Verjährung der Exceptionen beziehen, daß man sich durch die Worte: in dolo *objiciendo* und nachher *objici* täuschen läßt. In der That spricht sie von der a. de peculio gegen den qui dolo fecit quo minus quid esset in peculio (*L.* 21 *eod.*), und diese Klage soll dieselbe Verjährung haben, wie die doli actio, von welcher sie in der That nur eine einzelne Anwendung ist.

(g) *L.* 5 *C de except.* (8. 36).

Licet unde vi interdictum intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetua succurri ei, qui per vim expulsus post retinuit possessionem, auctoritate juris manifestatur.

Man möchte glauben, diese Stelle enthalte folgenden hierher gehörenden Satz: das Interdict ist als Klage einjährig, als Exception unverjährbar; dann würde sie unmittelbar für unsre Meynung entscheiden. Allein darauf ist mit Grund geantwortet worden, die Exception könne ohnehin nur ungerechte Bereicherung des Klägers abwehren, in dieser Beschränkung aber sey auch das Interdict als Klage unverjährbar gewesen (h). So richtig diese Antwort an sich ist, so bleibt dabey die Hauptschwierigkeit ungelöst, wie man sich die Klage des Gegners zu denken hat, gegen welche diese Exception gebraucht werden soll. Man wird zunächst an eine Vindication denken; allein der Eigenthumsklage kann im Allgemeinen keine Exception aus dem bloßen Besitz entgegengesetzt werden. Daher hat man mit vielem Schein die Strafe der Selbsthülfe mit hinzu genommen; der Gegner, sagt man, habe sein Eigenthum durch Selbsthülfe verloren, und dieser Verlust werde durch die erwähnte Exception geltend gemacht (i). Allein dieses wäre keine Exception, sondern Verneinung des Eigenthums; es würde auch über die (oben als unverjährbar erkannte)

(h) *L.* 1 *pr.* § 48 *L.* 3 § 1 *de vi* (43. 16.).

(i) Unterholzner II. S. 24.

Abwehr der Bereicherung hinaus gehen, und eine reine Strafe enthalten; ganz beſonders aber iſt der Verluſt des Eigenthums in Folge der Selbſthülfe weit neuer als Diocletian (k). — Die Sache iſt aber wohl ſo zu denken. Zwiſchen mir und Gajus iſt das Eigenthum eines Grundſtücks ſtreitig; er verdrängt mich gewaltſam aus dem Beſitz, es kommen aber ſpäter wieder Thatſachen vor, die den Beſitzſtand zweifelhaft machen, und da Gajus die Sache zur Entſcheidung zu bringen wünſcht, ſo ſtellt er gegen mich das Interdict uti possidetis an, um mich demnächſt zur Anſtellung der Vindication zu nöthigen. Gegen dieſes Interdict habe ich die exceptio violentae possessionis (l), und Dieſe iſt, wie das vorliegende Reſcript ſagt, nicht ſo, wie das Interdict de vi an eine kurze Verjährung gebunden. — Dieſer Ausſpruch nun wird allerdings ſchon durch den oben angegebenen Grund völlig gerechtfertigt, und es iſt daher in dieſer Stelle eine entſchiedene Anerkennung der gänzlichen Unverjährbarkeit aller Exceptionen nicht enthalten.

Ein anderes Reſcript deſſelben Kaiſers drückt ſich ſo aus (m):

> Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis praefinitione de dolo replicare potes.

(k) Die *L.* 7 *C. unde vi* (8. 4.) iſt vom J. 389.

(l) *L.* 1 *pr.* § 5. 9 *uti poss.* (43. 17.).

(m) *L.* 6 *de except.* (8. 36.).

Der Schuldner aus einer Stipulation hatte vermittelst eines Betrugs den Erlaß durch bloßes Pactum bewirkt. Gegen die Stipulationsklage wird die pacti exceptio gebraucht werden; allein diese wird durch die doli replicatio entkräftet, welche nach dem Ausspruch des Kaisers nicht an die Verjährung der gleichnamigen doli actio gebunden ist. Diese Entscheidung könnte höchstens die Unverjährbarkeit der Replicationen beweisen, nicht die der Exceptionen; sie beweist aber auch jene nicht, weil diese Replication, eben so wie im vorigen Fall die Exception, blos die ungerechte Bereicherung abwehren soll, in welcher Beziehung auch schon die Klage jener kurzen Verjährung entzogen war. — Übrigens paßt diese Stelle nicht mehr in den Zusammenhang des Justinianischen Rechts. Denn wenn jetzt seit dem betrüglichen Erlaßvertrag die 30 Jahre abgelaufen sind, durch welche man die doli replicatio für verjährt halten könnte, so muß schon früher die Stipulationsklage verjährt seyn; dann aber steht derselben die temporalis praescriptio entgegen, und die pacti exceptio, worauf allein die doli replicatio sich hätte beziehen können, kommt gar nicht zur Sprache.

Die Schriftsteller haben die eben behandelte Streitfrage gewöhnlich in einem engeren Sinn aufgefaßt, als hier geschehen ist. Über die Fälle der ersten Klasse ist gar kein Streit; dabey erkennen Alle die Unverjährbarkeit der Ex-

ception an. Die Fälle der dritten Klasse werden gewöhnlich nicht in diesem Zusammenhang untersucht, sondern in Verbindung mit der früher abgehandelten Streitfrage wegen der Wirkung der Klagverjährung. Der Streit ist also fast ausschließend auf die Fälle der zweyten Klasse gerichtet, die auch ohnehin die häufigsten und wichtigsten sind.

Hierüber nun hat in neueren Zeiten die Mehrzahl namhafter Schriftsteller die richtige Meynung angenommen (n). In früherer Zeit war die entgegengesetzte fast allgemein herrschend, und es hat ihr auch in der neuesten Zeit nicht an einzelnen Vertheidigern gefehlt (o).

Die Praxis der Gerichte ist bis auf die neueste Zeit eben so verschieden gewesen, als die Lehre der Schriftsteller (p). An eine Entscheidung der Frage durch gleich-

(n) Claproth de rebus merae facultatis Götting. 1752 § 2—7 (gründlich und gut), Weber Beyträge von Klagen S. 6—14, Glück B. 20 S. 161. 162. Mühlenbruch II. § 481, Göschen S. 471. Eigentlich gehört dahin auch Büchel Erörterungen Heft 1. S. 8—21, der nur in der Auffassung abweicht. Er legt das Hauptgewicht darauf, daß die Klage und die Exception juristisch verschiedene Objecte haben, welches ich zwar auch oben anerkannt habe, jedoch ohne es für das entscheidende Moment zu halten.

(o) Ältere Schriftsteller sind angeführt bey Claproth l. c. § 2 not. 2. — Neuere: Rave § 165, Unterholzner II. § 156—160, Pfeiffer praktische Ausführungen B. 3 S. 73—82. — Thibaut hat auch hier sehr verschiedene Meynungen vertheidigt, welches mit seinem Schwanken über die Wirkung der Klagverjährung zusammen hängt (§ 248. *n.*). Verjährung S. 150. 151., Pandekten 7te Ausg. § 1062, 8te Ausg. § 1025.

(p) Für die richtige Meynung (sowohl nach gemeinem, als nach Preußischem Recht) ist das Berliner Obertribunal: Simon und Strampff Entscheidungen des Obertribunals B. 1. Berlin 1837. S. 120—136. — Für die entge-

förmige Praxis ist also nach keiner Richtung hin zu denken.

Ein Ausspruch neuerer Gesetzgebung über diese Frage ist mir nicht bekannt; es wird also wohl überall diejenige Meynung zur Anwendung kommen, die für das gemeine Recht als richtig angesehen wird.

gengesetzte das Oberappellationsgericht zu Cassel: Pfeiffer a. a. O., wo jedoch die Verjährung der Exceptionen, und die ganz verschiedene Verjährung der Restitution, sehr durcheinander geworfen werden.

Beylagen.

XII. XIII. XIV.

Beylage XII.

Quanti res est.

(Zu § 216. Note u) (a).

I.

Der Gegenstand sehr vieler Klagen wird ausgedrückt durch die Worte: quanti res est, und diese Worte wurden daher sehr gewöhnlich in die Condemnatio, das heißt in den letzten Theil der formula im älteren Römischen Prozeß, gesetzt. Eben so kamen diese Ausdrücke in manchen Stipulationen vor, aus welchen sie dann gleichfalls, wenn es zur Klage kam, in die Condemnatio übergiengen. Welches war nun der Sinn jener Worte?

Es giebt wenige Ausdrücke in der Römischen Sprache, die so viele Bedeutungen anzunehmen fähig sind, wie das Wort res, und dieser Umstand macht auch die Beantwor-

(a) Man könnte glauben, die Beseitigung einer möglichen falschen Ansicht über die formula in factum concepta sey zu unbedeutend, um eine besondere Untersuchung über den hier bezeichneten Gegenstand zu rechtfertigen. Allein die Bedeutung der Ausdrücke quanti res est ist für die Natur und Wirkung vieler einzelnen Klagen wichtig, und es ist ganz zufällig, daß jene Veranlassung schon hier eine Untersuchung herbeyführt, die außerdem an anderen Stellen ohnehin unentbehrlich seyn würde.

tung der hier aufgeworfenen Frage zweifelhaft. Da nämlich res sowohl einen sichtbaren, handgreiflichen Gegenstand bezeichnet, als auch ein Geschäft, eine Angelegenheit, so bieten sich sogleich zwey mögliche Erklärungen der angegebenen Ausdrücke dar. Sie können erstlich heißen: so viel die streitige Sache nach gewöhnlichen Preisen werth ist (Sachwerth); zweytens: so weit der Berechtigte bey dem vorliegenden Rechtsstreit, oder bey der vorgefallenen Verletzung, interessirt ist (Interesse).

In vielen Fällen wird der Sachwerth mit dem Interesse völlig übereinkommen. — In anderen Fällen wird das Interesse mehr betragen als der Sachwerth. Wenn ich ein Pferd, das 100 werth ist, vermiethe, dann aber an einen Dritten verkaufe, und diesem eine Conventionalstrafe von 150 für den Fall der fehlenden Ablieferung verspreche, der Miether nun sich das Pferd stehlen läßt und mich dadurch außer Stand setzt, den Kaufcontract zu erfüllen, so beträgt das Interesse, welches mir der Miether vergüten muß, 150, mithin mehr als der Sachwerth (a). — Wenn dagegen die Exhibition einer Sache gefordert und verweigert wird, so hat der Beklagte in Geld das Interesse der verweigerten Exhibition zu vergüten, welches oft weit weniger als der Sachwerth betragen wird (b). Eben so geht die condictio furtiva auf das

(a) Ein solcher Fall (nur bey der furti actio) wird erwähnt in *L.* 67 § 1 *de furtis* (47. 2.) f. u. Num. V. c.

(b) *L.* 9 § 8 *ad exhib.* (10. 4.).

Interesse des erlittenen Diebstahls für jeden Bestohlenen. Ist nun der Kläger Eigenthümer der gestohlenen Sache, so wird dieses Interesse wenigstens dem Sachwerth gleich kommen, vielleicht ihn übersteigen (c); ist er aber nur Pfandgläubiger, Usufructuar oder Usuar, so wird dieses Interesse stets geringer, und oft viel geringer seyn als der Sachwerth (d). — Diese verschiedene Natur der möglichen Fälle wird auch schon von den alten Juristen sehr bestimmt anerkannt (Num. III.).

II.

Die Erklärung jener Worte vom Sachwerth ist die buchstäblichere, die von dem Interesse schließt sich mehr dem Sinn und inneren Wesen der Rechtsverhältnisse an, und so wird man schon im Allgemeinen geneigt seyn anzunehmen, daß die erste in der älteren Zeit, später aber die zweyte, geherrscht haben möchte.

Diese Annahme läßt sich am vollständigsten durchführen bey der actio Legis Aquiliae. Beide noch im Justinianischen Recht übrige Kapitel derselben enthalten die Ausdrücke: quanti id fuit, quanti ea res erit (a). Dieses wurde ursprünglich von dem bloßen Sachwerth verstanden; später aber erkannte man zwar auch noch an, daß die Worte des Gesetzes nicht weiter als auf den Sach-

(c) *L.* 3 *de cond. furt.* (13. 1.). (13. 7.).
(d) *L.* 12 § 2 *de cond. furt.* (13. 1.), *L.* 22 § 2 *de pign. act.*
(a) *L.* 2 *pr. L.* 27 § 5 *ad L. Aquil.* (9. 2.).

werth giengen, man erweiterte jedoch durch Interpretation den Inhalt der Klage auf das ganze, noch außer dem Sachwerth erweisliche, Interesse (b), und diese Erweiterung wird als das geltende neueste Recht bezeichnet (c).

III.

Das Interdict uti possidetis hatte der Prätor mit den Worten quanti res erit angekündigt (a). Der Jurist Servius nahm Dieses buchstäblich, von dem Sachwerth, Ulpian aber verwirft diese Meynung mit großer Entschiedenheit. Die merkwürdige Stelle lautet vollständig so:

L. 3 § 11 *uti poss.* (43. 17.).

In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem.

Den Worten nach (sagt Ulpian) wird die Condemnatio auf den Sachwerth bezogen.

Quanti res est, sic accipimus, quanti uniuscujusque interest, possessionem retinere.

Indessen fassen wir die im Edict gebrauchten Aus-

(b) § 10 *J. de L. Aquilia* (4. 3.) „Illud *non ex verbis legis, sed ex interpretatione* placuit, non solum peremti corporis aestimationem habendam esse, sed eo amplius, quidquid praeterea, peremto eo corpore, damni vobis allatum fuerit" rel.

(c) *L.* 21 § 2 *ad L. Aquil.* (9. 2.) „Sed utrum corpus ejus solum aestimamus quanti fuerit, cum occideretur, an potius, quanti interfuit nostra non esse occisum? Et *hoc jure utimur*, ut ejus quod interest fiat aestimatio." Die in den Worten des Gesetzes vorgeschriebene künstliche Zurückrechnung hat mit diesem Gegensatz gar Nichts zu schaffen, und läßt sich auf den bloßen Sachwerth, wie auf das Interesse, gleichmäßig anwenden. *L.* 23 § 6 *eod.*

(a) *L.* 1 *pr. uti poss.* (43. 17.).

drücke nicht so buchstäblich auf, sondern verstehen sie vielmehr von dem Interesse, welches der Kläger bey der Erhaltung des Besitzes hat.

Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti *ipsa res* est.

Servius freylich wollte jene Ausdrücke buchstäblich erklären, von dem Eigenthumswerth der Sache selbst.

Sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est *rei* pretium, aliud *possessionis.*

IV.

Ganz dieselbe Behandlung tritt auch ein bey dem Interdict de vi, und die hierauf bezügliche Stelle des Paulus hat noch mehr praktische Ausführlichkeit als die eben angeführte des Ulpian.

L. 6 *de vi* (43. 16.).

In interdicto unde vi tanti condemnatio facienda est, *quanti intersit possidere: et hoc jure nos uti* Pomponius scribit, id est, *tanti rem* videri, quanti actoris intersit: quod alias minus esse, alias plus: nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est: veluti cum quaestionis habendae, aut rei probandae gratia, aut hereditatis adeundae, intersit ejus eum possideri.

In den erhaltenen Worten des Edicts (a) steht zwar

(a) *L.* 1 *pr. de vi* (43. 16.).

das quanti res est nicht; daß es aber dennoch im Edict vorhanden war, erhellt aus den Worten unsrer Stelle: tanti rem videri, die offenbar als Interpretation der Edictsworte quanti res est gelten sollen. — Daß auch hier früher eine abweichende buchstäblichere Erklärung versucht wurde, wird nicht ausdrücklich gesagt, doch wird darauf hingedeutet in den Worten: hoc jure nos uti (Num. II. c.), indem hierin auf die praktische Anerkennung des Satzes Gewicht gelegt, und dafür das Zeugniß des Pomponius angeführt wird.

V.

Schwieriger und bestrittener steht die Sache bey der furti actio. Hier wird bald der zweyfache, bald der dreyfache oder vierfache Werth gefordert, als reine Strafe, und es fragt sich, welches Simplum diesen Multiplicationen zum Grunde zu legen ist. Da die Klage aus den Zwölf Tafeln herkam, ist es nicht unwahrscheinlich, daß die Art ihrer Anwendung dieselbe Entwicklung erfahren hat, wie die der actio Legis Aquiliae (Num. II.).

Daß auch hier die Ausdrücke quanti res est irgendwo gebraucht worden waren, sey es in den Zwölf Tafeln, oder im Edict bey Einführung der actio furti manifesti, oder in den Klagformularen, wird fast gewiß durch folgende Stelle des Javolenus:

L. 9 *de in litem jur.* (12. 3.).

Cum furti agitur, jurare ita oportet, *tanti rem fuisse*, cum furtum factum sit.

Diese Worte haben nur Sinn, wenn man sie auf das im Gesetz oder Edict stehende quanti res est bezieht, welches durch den Eid auf den einzelnen Fall angewendet werden sollte.

Über die praktische Deutung jener Worte nun sind folgende Stellen zu bemerken. Zuerst muß unterschieden werden, ob der Bestohlene, welcher die Klage anstellt, Eigenthum oder ein bloßes jus in re an der gestohlenen Sache hat. Im letzten Fall ist es unzweifelhaft, daß das Simplum blos in des Klägers Interesse bestehen kann, welches hier stets geringer seyn wird als der Sachwerth (a). Im ersten Fall dagegen, wenn der bestohlene Eigenthümer klagt, kann gezweifelt werden, ob das Simplum in dem reinen Sachwerth, oder in dem, vielleicht höheren, vielleicht geringeren Interesse besteht. Auch hier nun ist, der richtigeren Meynung nach, das Interesse anzunehmen.

Ich will zuerst einige Entscheidungen einzelner Rechtsfälle anführen, die stets unzweydeutiger sind, als abstracte Regeln.

Wenn einem Glaubiger Schuldurkunden gestohlen werden, so glaubten Einige, das Simplum bestehe blos in dem unbedeutenden Sachwerth der mit Wachs überzoge-

(a) *L.* 80 § 1 *de furtis* (47. 2.) von Papinian: „.. Quia itaque tunc *sola utilitas* aestimationem facit, cum cessante dominio furti actio nascitur, in istis causis ad aestimationem corporis furti actio referri non potest."

nen Holztafeln; Paulus aber nimmt als Simplum das volle Interesse an, welches nach Umständen der ganzen Schuldsumme, worauf die Urkunde gestellt war, gleich kommen kann (b).

Wenn der Bestohlene unter einer Conventionalstrafe versprochen hatte, die Sache an einem bestimmten Tage einem Dritten zu übergeben, welches ihm durch den Diebstahl unmöglich wurde, so daß er nun die Strafe zahlen mußte, so gehört diese Strafe gewiß nicht zum Sachwerth, sondern zu dem Interesse; dennoch wird dieselbe, nach Celsus, in das Simplum mit eingerechnet (c).

Wenn ein gestohlener Sklave zum Erben eingesetzt war, und der Herr durch den Diebstahl den Erwerb der Erbschaft einbüßte, so soll der Werth dieser Erbschaft mit in das Simplum eingerechnet werden, und es ist gleich hier wohl zu bemerken, daß Ulpian Dieses behauptet (d).

VI.

Ich gehe nun über zu den Stellen, welche über unsre Frage abstractere Regeln aufstellen. Dahin gehört zuerst folgende Stelle des Papinian.

L. 80 § 1 *de furtis* (47. 2.).

Cum autem jure dominii defertur furti actio, quam-

(b) *L.* 32 *pr.* § 1 *de furtis* (47. 2.), vgl. *L.* 10 § 3 *de edendo* (2. 13.).

(c) *L.* 67 § 1 *de furtis* (47. 2.). „Si tibi subreptum est, quod nisi die certa dedisses, poenam promisisti, ideoque sufferre eam necesse fuit, furti actione hoc quoque coaestimabitur."

(d) *L.* 52 § 28 *de furtis* (47. 2.).

vis non alias nisi nostra intersit competat (a): tamen ad aestimationem corporis, si nihil amplius intersit, utilitas mea referenda est.

Auf den ersten Blick scheinen ganz entscheidend die Worte: si nihil amplius intersit. Der Inhalt scheint nämlich folgender: das Simplum besteht jederzeit wenigstens in dem Sachwerth, vielleicht aber in einer höheren Summe, wenn noch ein höheres Interesse neben dem Sachwerth nachgewiesen werden kann (si nihil *amplius* intersit). — Allein nach dem ganzen Zusammenhang geht das amplius nicht auf die Erweiterung des Gegenstandes, sondern auf dessen zeitliche Fortdauer (b), so daß der Sinn vielmehr folgender ist: Wenn das zur Zeit des Diebstahls vorhandene Interesse hinterher völlig verschwunden ist, so bleibt Nichts übrig, als den reinen Sachwerth als Simplum anzunehmen, weil ein anderes Interesse nicht mehr ermittelt werden kann. — Dieses wird nun erläutert und bestätigt durch die folgenden Worte:

Idque et in statuliberis, et in legato sub condicione

(a) Das heißt: wenn der bestohlene Eigenthümer bey dem Diebstahl, schon zur Zeit desselben, kein Interesse hat, z. B. weil er die Sache vermiethet hatte, so daß ihm der Miether, dessen Nachlässigkeit allein den Diebstahl möglich machen konnte, für den Verlust einstehen muß, so hat der Eigenthümer die Klage nicht. § 13. 15. *J. de obl. quae ex del.* (4. 1.).

(b) Vgl. Schulting notae in Dig., *L.* 50 *pr. de furtis* (47. 2.).

relicto probatur. Alioquin diversum probantibus statui facile quantitas non potest (c).

Wenn der einem Erben gestohlene Sklave unter einer Bedingung frey gelassen oder einem Dritten legirt war, so betrug das Interesse weniger als der Sachwerth, weil das Eigenthum an dem Sklaven durch die Bedingung unsicher war. Wenn nun zur Zeit der Klage die Bedingung noch unentschieden schwebt, so soll das Interesse (als Simplum) dadurch ermittelt werden, daß man den Sklaven mit der auf dem Eigenthum haftenden Gefahr verkauft; der so erlangte Kaufpreis soll als Interesse des Diebstahls, folglich als Simplum der Klage, gelten (d). Ist aber zur Zeit der Klage die Bedingung schon erfüllt, also das Eigenthum für den Kläger verschwunden, so zeigt sich jene Auskunft als unmöglich, und nun bleibt Nichts übrig, als den reinen Sachwerth zum Grund zu legen, ohne Rücksicht auf den Einfluß der Bedingung.

(c) Hier folgt nun unmittelbar der oben Num. V. a. abgedruckte letzte Theil der Stelle.

(d) Dieses Verfahren wird ausdrücklich vorgeschrieben von Ulpian in *L.* 53 § 29 *de furtis* (47. 2.) „Pendente autem condicione (nämlich si agatur), tanti aestimandus est, *quanti emtorem potest invenire*." Der vorhergehende Fall geht auf eine Entwendung vor angetretener Erbschaft, wobey auch noch vor dem Antritt die Bedingung eingetreten ist. Denn gegen die Erbschaft kann kein Diebstahl begangen werden, und zur Zeit des Antritts war der Sklave nicht mehr Stück der Erbschaft. War dagegen die Bedingung noch schwebend zur Zeit des Antritts, so wurde durch fortgesetzte Contrectation gegen den Erben das furtum begangen.

Wenngleich nun die in jener Stelle enthaltenen Worte: si nihil *amplius* intersit unſere Frage nicht entſcheiden, ſo läßt dennoch die ganze Stelle darüber keinen Zweifel übrig. Ganz entſcheidend nämlich ſind die Worte: ad aestimationem corporis ... *utilitas mea* referenda est. Papinian will alſo ſagen: das wahre Simplum beſteht überall in der utilitas des Beſtohlnen, das heißt in ſeinem Intereſſe (e), und es liegt blos in den beſonderen Umſtänden des vorliegenden Falles, daß hier das Intereſſe mit dem Sachwerth identiſch iſt. Dieſe Erklärung wird völlig beſtätigt durch die Schlußworte, nach welchen Papinian auch im vorliegenden Fall ein vom Sachwerth verſchiedenes Intereſſe annehmen würde, wenn es nur möglich wäre, ein ſolches zu ermitteln.

VII.

Zweifelhafter iſt folgende Stelle des Ulpian, welche von jeher die verſchiedenſten Meynungen über unſre ganze Frage veranlaßt hat.

L. 50 *pr. de furtis* (47. 2.).

In furti actione non, quod interest, quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium. Sed et si res rebus humanis esse desierit cum judicatur, nihilominus condemnatio facienda est, idemque etsi nunc deterior sit, aestimatione relata in id temps,

(e) Utilitas iſt der eigentliche Name für das Intereſſe. Vgl. *L.* 21 § 3 *de act. emti* (19. 1.), und viele andere Stellen.

quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit, ejus duplum quanti tunc, cum pretiosior facta sit, fuerit, aestimabitur: quia et tunc furtum ejus factum esse verius est.

Hier scheint geradezu das Interesse als Simplum negirt, der Sachwerth angenommen, wodurch die Stelle mit allen vorher zusammengestellten in Widerspruch treten würde. Manche haben nun in der That eine Controverse unter den alten Juristen über diese Frage behauptet, und man könnte versuchen, diese mit der wahrscheinlichen Entwicklung der Rechtsregel (Num. V.) in Verbindung zu setzen. Indessen muß diese Meynung gänzlich verworfen werden, weil gerade derselbe Ulpian in einer der bestimmtesten einzelnen Entscheidungen (Num. V. d) das Interesse als Simplum anerkennt.

Sieht man auf die in unsrer Stelle enthaltenen einzelnen Anwendungen, so ist Ulpians Meynung offenbar diese. Wenn der Werth, welcher zur Zeit des Diebstahls gefordert werden konnte, in der Folge vermindert worden oder ganz verschwunden ist, so wird dadurch die im Urtheil auszusprechende Summe nicht geringer; ist jener Werth gestiegen, so wird die Summe größer. Der Gegensatz also, der ihm hier vorschwebt, betrifft die verschiedenen Zeitpunkte möglicher Schätzung, nicht den Unterschied des Sachwerths vom Interesse; wenn nun dennoch seine Ausdrücke mehr auf diesen letzten Gegensatz zu gehen scheinen, so hat er dieselben allerdings nicht sorgfältig gewählt.

Die Gedankenverbindung, woraus diese ungenaue Rede zu erklären, zugleich also ihre Voraussetzung zu rechtfertigen ist, mag etwa folgende seyn. Ulpian dachte an einen Fall, worin (wie in den allermeisten) das Interesse mit dem Sachwerth identisch war, der Sachwerth aber, durch eine in der Sache selbst vorgegangene Veränderung sich vermindert hatte, etwa von 100 auf 60. Nun drückte Ulpian seine Meynung in folgender Weise aus: Es ist eine Sache im Werth von 100 gestohlen worden, und es muß daher die Summe von 100 als Simplum behandelt werden, obgleich das gegenwärtige Interesse des Klägers (zur Zeit der Klage) nur 60 beträgt, so daß es ihm nur einen fühlbaren Unterschied von 60 in seinem Vermögen macht, wenn man annimmt, die Sache wäre ihm nicht gestohlen worden.

VIII.

In mehreren anderen speciellen Fällen hat es gar keinen Zweifel, daß das quanti res est völlig gleichbedeutend ist mit quanti interest. So standen jene Worte in der Condemnationsformel der doli actio (a), und es war so wenig zweifelhaft, dieselben von dem Interesse zu verstehen, daß sogar der Eid in litem dabey gestattet wurde, der doch auf die ausgedehnteste Leistung des Interesse führt (b).

(a) *L.* 17 *pr. L.* 18 *pr. de dolo* (4. 3.).
(b) *L.* 18 *pr.* § 1. 4 *de dolo* (4. 3.).

Ganz derselbe Fall tritt ein bey den prätorischen Stipulationen, deren Formel die Worte quanti res est enthielt, und deren Folge eine Klage auf das vollständige Interesse war (c).

IX.

Noch wichtiger und entscheidender aber, als jene einzelne Bestimmungen, ist folgende sehr weit greifende allgemeine Regel. Alle Klagen in rem und in personam, die auf Restitution einer Sache gerichtet sind, ja selbst die auf Restitution gehende Interdicte, haben in ihrer Condemnationsformel die Worte quanti res est, und diese bedeuten hier überall nicht mehr und nicht weniger, als das Interesse, welches jene Restitution für den Kläger hat (a). Hierin liegt denn zugleich die unmittelbarste Bestätigung der Behauptung, wodurch die gegenwärtige Untersuchung zunächst veranlaßt worden ist, daß der Judex bey der formula in factum concepta zu einer eben so freyen Prüfung und Feststellung des Interesse berufen war, wie bey der formula in jus concepta (b).

(c) *L.* 11 *de stipul. praetor.* (46. 5.), *L.* 3 *pr. L.* 8 § 2 *ratam rem* (46. 8.). — Eben so wird auch bey freywilligen Stipulationen das quanti res est und quanti interest als gleichbedeutend angesehen. *L.* 38 § 2 *de V. O.* (45. 1.), vgl. mit *L.* 81 *pr. eod.*

(a) *L.* 68 *de rei vind.* (6. 1.) „ . . non pluris quam quanti res est, *id est quanti adversarii interfuit*, condemnandus est." — *L.* 71 *eod.* „quanti res sit."

(b) Vgl. System § 216. Note u.

X.

Es dürfen jedoch einige einzelne Fälle nicht mit Stillschweigen übergangen werden, worin theils die Beurtheilung selbst, theils der Sprachgebrauch, von den hier aufgestellten Regeln abweicht; die genauere Betrachtung dieser Fälle ist nicht dazu geeignet, die als regelmäßig dargestellte Behandlung des Gegenstandes zweifelhaft zu machen.

Die entschiedendste Abweichung vom regelmäßigen Sprachgebrauch findet sich bey der actio ad exhibendum. Diese geht auf das Interesse, welches der Kläger bey der Exhibition hat, nicht auf den Sachwerth, und dieser Gegensatz wird hier ganz ungewöhnlicherweise so ausgedrückt: die Klage gehe *nicht* auf quanti res est (a). Die Stelle selbst rührt zwar von Ulpian her, allein sie enthält doch blos ein Allegat aus Neratius, und so ist also Dieses als ein singulärer Sprachgebrauch des Neratius anzusehen.

XI.

Einige Vergehen, die im Prozeß gegen die obrigkeitliche Gewalt begangen werden konnten, hatten zur Folge eine Strafklage, welche nicht auf das (oft ganz unbedeutende)

(a) *L.* 9 § 8 *ad exhib.* (10. 4.) „Et ideo Neratius ait, *utilitatem actoris* venire in aestimationem, *non quanti res sit:* quae utilitas, inquit, interdum minoris erit quam res."

Intereſſe gerichtet war, ſondern auf eine Geldſtrafe, die dem Geldwerth des Prozeßgegenſtandes gleich kam. Dieſer Gegenſatz wurde ſo ausgedrückt: die Klage gehe nicht auf das Intereſſe, ſondern auf quanti res est (a). Auch dieſer Sprachgebrauch iſt von dem ſonſt gewöhnlichen verſchieden, jedoch iſt er demſelben nicht ſo direct entgegengeſetzt, wie es auf den erſten Blick wohl ſcheinen möchte. Denn das, was hier, als verſchieden vom Intereſſe, durch quanti res est bezeichnet wird, iſt nicht, wie in den oben zuſammengeſtellten Fällen, der Sachwerth, ſondern der Streitgegenſtand, ſo daß alſo hier und dort Gegenſätze von ganz verſchiedener Art auszudrücken waren.

XII.

Die actio vi bonorum raptorum geht auf den vierfachen Werth der geraubten Sache mit Einſchluß des Simplum, alſo auf den dreyfachen Werth als reine Strafe. Die Behandlung iſt aber hier eine ganz andere, als die welche oben für die furti actio nachgewieſen worden iſt (Num. V — VII.); denn das Simplum iſt nicht, wie bey der furti actio, das Intereſſe des Beraubten, ſondern vielmehr der reine Sachwerth (a). Wir kennen den Grund

(a) *L.* 1 § 4 *si quis jus dic.* (2. 3.). „Hoc judicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est, concluditur." — *L.* 5 § 1 *ne quis eum* (2. 7.) „quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est."

(a) *L.* 2 § 13 *vi bon. rapt.* (47. 8.). „In hac actione intra annum utilem verum pretium rei quadruplatur, non etiam quod interest."

des Unterschieds nicht, aber auf den hier untersuchten Sprachgebrauch hat derselbe keine Beziehung, da nirgend gesagt wird, daß bey jener Klage die Worte quanti res est gebraucht worden wären.

Diese letzte Bemerkung gilt eben so auch von der actio de rationibus distrahendis, wodurch der Vormund, welcher Sachen des Mündels unterschlagen hat, auf den doppelten Werth belangt wird. In diesem doppelten Werth ist das Simplum mit enthalten, und das Simplum besteht nicht in dem Interesse, sondern in dem reinen Sachwerth (b). Hier aber läßt sich der Grund dieser eigenthümlichen Behandlung angeben. Das Duplum selbst war nicht als eigentliche Strafe gedacht, sondern als ein präsumtives, sehr hoch bestimmtes Interesse, dessen schwieriger Beweis dadurch entbehrlich gemacht werden sollte. Eben daher konnte nicht auch das Simplum auf das Interesse gestellt werden (c).

XIII.

Das größte Bedenken endlich erregen folgende zwey Stellen des Ulpian, die in ihrer scheinbaren Allgemeinheit alles bisher Dargestellte wankend zu machen scheinen.

L. 179 *de V. S.* (50. 16.). Ulp. lib. 51 ad Sabinum.

(b) *L.* 1 § 20 *de tutelae* (27. 3.). Considerandum est in hac actione, utrum pretium rei tantum duplicetur, an etiam quod pupilli intersit? Et magis esse arbitror, in hac actione quod interest non venire, sed rei tantum aestimationem."

(c) Vgl. System § 212 Note k. l. m. n.

Inter haec verba, *quanti ea res erit*, vel *quanti eam rem esse paret*, nihil interest: in utraque enim clausula placet veram rei aestimationem fieri.

L. 193 *eod.* Ulp. lib. 38 ad Ed.

Haec verba, *quanti eam rem paret esse*, non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur.

Es hilft wenig, daß beide Stellen zunächſt nicht die Bedeutung von quanti res *est*, ſondern von esse *paret*, angeben wollen, denn ſie erklären beide Ausdrücke für gleichbedeutend, und ſagen für beide, daß ſie den Sachwerth, nicht das Intereſſe bezeichnen. Auch die häufig vorkommenden Varianten apparet und patet helfen der hier bemerkten Schwierigkeit nicht ab.

Es bleibt alſo kaum etwas Anderes übrig, als auf das allgemeine Verhältniß zwiſchen ganz abſtract gefaßten Regeln, und concreten Entſcheidungen zurück zu gehen, unter welchen die letzten, im Fall eines Widerſpruchs, vorzugsweiſe vor den erſten, den wahren Sinn des Rechts in ſich ſchließen werden (a). Ja wir müſſen hier noch einen Schritt weiter gehen, und nicht ſowohl die misslungene Regelfaſſung des Ulpian anklagen, als die fehlerhafte Weiſe, in welcher dieſe Stellen von den Compilatoren aus ihrem urſprünglichen Zuſammenhang losgeriſſen ſeyn mögen. Kennten wir dieſen Zuſammenhang, ſo würde wahrſcheinlich jede Spur eines Widerſpruchs verſchwinden, indem dieſer ohne Zweifel nur durch den falſchen Schein

(a) Syſtem Band 1 § 44 S. 276.

von Allgemeinheit entsteht, welcher diesen Aussprüchen durch ihre abgerissene Stellung in den Digesten zu Theil geworden ist. Einige entferntere Vermuthungen werden durch die Überschriften beider Stellen herbeygeführt. Die L. 179 cit. ist aus einem Buch des Ulpian ad Sabinum, welches vorzugsweise von der Jurisdiction handelte (b); die hier excerpirte Stelle möchte also wohl von einer der prätorischen Strafklagen zu verstehen seyn, die aus der Verletzung der Jurisdictionsrechte entstanden, und bey welchen, wie wir von einigen bestimmt wissen, in der That dieser abweichende Sprachgebrauch herrschte (Num. XI.). — L. 193 cit. aber ist aus einem Buch ad edictum genommen, welches vorzugsweise die mit der furti actio verwandten, zum Theil sehr alten, Klagen abhandelte (c); es ist nun leicht möglich, daß bey einer derselben der Ausdruck quanti res est gebraucht war, jedoch in dem ungewöhnlichen Sinn des reinen Sachwerthes, so wie wir ohnehin von der vi bonorum raptorum actio wissen, daß bey ihr der Sachwerth, nicht das Interesse, als Simplum angesehen wurde (Num. XII.).

Manche werden erwiedern, diese Vermuthungen, selbst wenn sie gegründet wären, seyen dennoch für uns unfruchtbar, weil einmal Justinian jenen Stellen durch deren Aufnahme in den Titel de verborum significatione, die Kraft allgemeiner Interpretationsregeln unabänderlich mit-

(b) Hommel palingenesia librorum juris T. 3 p. 588. 589.
(c) Vgl. die Titel 4—7 im 47. Buch der Digesten.

getheilt habe. Wie weit man nun auch dieſen unbedingten Gehorſam gegen jedes einzelne, auch erweislich irrige, Stück der Compilation treiben möge, ſo würde derſelbe wenigſtens im vorliegenden Fall ohne Erfolg bleiben. Denn für alle wichtige Fälle der Anwendung beſitzen wir ganz anders lautende ſpecielle Interpretationsregeln für jene Ausdrücke (Num. II—IX.). Dieſe ſpeciellen Regeln aber müſſen in den Fällen, worauf ſie ſich beziehen, jenen allgemeinen Regeln ſicherlich vorgehen.

Beylage XIII.

Stricti juris, bonae fidei actiones.

(Zu § 218—220.)

I.

Bevor dieſe Eintheilung der Klagen ſelbſt unterſucht wird, iſt über die Bezeichnung derſelben Folgendes zu bemerken.

Der Name bonae fidei actio iſt ſehr häufig, und die Entſtehung deſſelben wird weiter unten beſonders erklärt werden.

Dagegen iſt der Name stricti juris actio, genau in dieſer Form, ſelten. Die einzige ganz ſichere Stelle dafür iſt die der Inſtitutionen, welche überhaupt am Meiſten Aufſchluß über die ganze Eintheilung giebt.

§ 28 *J. de act.* (4. 6.).

Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti juris. Bonae fidei sunt haec: *rel.*

Gleich nachher (§ 30 eod.) heißen ſie stricta judicia, und in einer Conſtitution von Juſtinian wird von einer Klage geſagt: ex stipulatu actionem *stricto jure esse vallatam*, et non ex b. f. descendere (a). Marcian nennt

(a) *L. un.* § 2 *C. de rei ux. act.* (5. 13.).

es actio *stricti judicii* (b). Zweifelhaft wegen der Leseart endlich ist folgende Stelle des Ulpian.

L. 3 § 2 *commod.* (13. 6.).

In hac actione sicut in ceteris b. f. judiciis ... rei judicandae tempus .. observatur: quamvis *in stricti*, litis contestatae tempus spectetur.

Dieses ist die Florentinische Leseart, ohne Zweifel fehlerhaft. Käme es darauf an, durch eine Emendation zu helfen, so wäre in strictis für in stricti die gelindeste Veränderung; judiciis ließe sich aus den vorhergehenden Worten ohne alle Härte hinzu denken, und stricta judicia ist durch die oben angeführte zweyte Institutionenstelle völlig beglaubigt. Allein die Vulgata liest, noch vollständiger, in stricti juris judiciis (c), und bey dieser Autorität können wir uns völlig beruhigen. Haloanders Leseart: in stricti juris, ist zwar auch an sich befriedigend, es bleibt aber zweifelhaft, ob er diese Leseart in Handschriften gefunden, oder nur als eine unnöthige Vermittlung zwischen der Florentina und der Vulgata versucht hat.

Der seltene Gebrauch jenes Kunstausdrucks erklärt sich aus dem Umstand, daß für dieselbe Klasse von Klagen noch ein anderer Ausdruck vorkommt, nämlich condictio (Beylage XIV.); dieser ist außerordentlich häufig, ja er wird überall gebraucht, wo es nicht gerade, wie in den

(b) *L.* 5 § 4 *de in litem jur.* (12. 3.).

(c) So lesen nämlich folgende alte Ausgaben des Dig. vetus: Venet. Jenson s. a., Norimb. Koberger 1483, Venet. 1484, und gewiß eben so noch viele andere.

oben angeführten Stellen, darauf ankommt, zwey Arten von actiones einander wörtlich entgegen zu setzen, das heißt den Begriff als Glied einer Eintheilung unmittelbar zu bezeichnen.

II.

Um nun den Unterschied dieser zwey Arten der Klagen auf eine erschöpfende Weise zu behandeln, ist es nöthig zwey an sich verschiedene Fragen zu beantworten. Die erste betrifft die praktische Bedeutung jenes Unterschieds, also das Interesse, welches an die Bezeichnung irgend einer Klage als einer str. j. oder b. f. actio geknüpft ist. Die zweyte Frage bezieht sich auf die Gränzscheidung beider Arten, also auf die Bestimmung, welche Klagen überhaupt zu der einen oder andern Art zu rechnen sind.

Die Frage nach der praktischen Bedeutung des Unterschieds führt zurück auf den viel allgemeineren Gegensatz der strengen und freyen Klagen (System § 218), welcher hier nur in einer einzelnen Anwendung erscheint, die aber, weil sie vorzugsweise häufig und wichtig war, genauer als andere Anwendungen ausgebildet worden ist.

Im Allgemeinen nun läßt sich der Unterschied dahin bestimmen, daß dem urtheilenden Richter bey der b. f. actio eine freyere Macht eingeräumt war (a), welche am

(a) *L.* 7 *de neg. gestis* (3. 5.) „quia tantundem in b. f. judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio".

häufigsten durch den Ausdruck officium judicis bezeichnet wird. Es würde unrichtig seyn, Dieses im einseitigen Interesse, sey es des Klägers oder des Beklagten, aufzufassen, nach welcher Annahme man glauben könnte, die eine oder die andere Art der Klagen sey ausgesonnen worden, um Eine Partey vor der andern vorzugsweise zu begünstigen. Vielmehr kann man sagen, daß nach Umständen jene freyere Macht bald dem Kläger, bald dem Beklagten zum Vortheil gereichen konnte (b).

III.

Der Kläger konnte aus der freyeren Macht des Richters Vortheil ziehen, indem dieser angewiesen war, bey Verträgen auch auf alles Dasjenige zu sprechen, was zwar nicht im Vertrag ausgedrückt, wohl aber bey Verträgen dieser Art allgemein üblich war, so daß man annehmen konnte, die Parteyen hätten es stillschweigend hinzugedacht (a).

(b) Bey jeder b. f actio soll der Richter auch für ungewisse, erst in der Zukunft zu erwartende, Verpflichtungen, Cautionen auflegen, und diese Vorsorge gilt nach beiden Seiten hin. *L.* 38 *pr. pro socio* (17. 2.) *L.* 41 *de jud.* (5. 1.). — Seneca sagt zwar, der Erfolg einer guten Sache sey mehr gesichert bey dem judicium, als bey dem arbitrium, welches auf eine Begünstigung des Klägers gedeutet werden könnte (System § 218. d.). Dieses ist aber zu verstehen theils von dem beschränkteren Gebrauch der Exceptionen in der str. j. actio, theils von dem möglichen Misbrauch, welcher in den b. f. actiones von einer vermeyntlichen Billigkeit gemacht werden konnte.

(a) *L.* 31 § 20 *de aed. ed.* (21. 1.) „... ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire."

Die wichtigste Anwendung dieses Grundsatzes besteht darin, daß der Richter nicht blos auf den ursprünglichen Gegenstand der Obligation, sondern auch auf dessen hinzugetretene Erweiterungen (omnis causa) sprechen soll. Insbesondere soll er bey Geldschulden auf Zinsen des Geldes sprechen, von dem Zeitpunkt an, worin der Schuldner vergeblich zur Zahlung aufgefordert worden war (b), welche Zinszahlung bey den stricti juris actiones nicht eintritt (c). Nur für den Zeitraum, worin der Rechtsstreit geführt wird, das heißt von der Litiscontestation an, treten auch diese Klagen mit den b. f. actiones großentheils auf gleiche Linie, so daß für diese Zeit auch bey ihnen die omnis causa mit in das Urtheil aufgenommen wird (d); jedoch auf Geldzinsen ist diese Wirkung der Litiscontestation bey den str. j. actiones nicht auszudehnen (e).

(b) *L.* 32 § 2 *de usuris* (22. 1.) „In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur." *L.* 24 *depos.* (16. 3.) „Et est quidem constitutum, in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio." Man darf dieses nicht so verstehen, als hätten die Kaiser diesen Satz erfunden; er war nur auch in Rescripten der Kaiser anerkannt und dadurch bestätigt worden.

(c) Dieses liegt schon in dem natürlichen Gegensatz der in der Note b. für die b. f. actiones angeführten Stellen. Die Zinsverpflichtung wird aber auch ausdrücklich bey mehreren str. j. actiones verneint. *L.* 24 *depos.* (16. 3.) bey Geldbarlehen, *L.* 1 *C. de cond ind.* (4. 5.) bey condictio indebiti."

(d) *L.* 2 *L.* 3 § 1 *L.* 10 *L.* 38 § 7 *de usuris* (22. 1.), *L.* 31 *pr. de reb. cred.* (12. 1.), *L.* 51 *pr. fam. herc.* (10. 2.), *L.* 91 § 7 *de leg.* 1 (30. *un.*), *L.* 8 *de re jud.* (42. 1.), *L.* 35 *de V. S.* (50. 16.)

(e) Entscheidend hierüber ist Gajus IV. § 52, und *L.* 23 *C. de usuris* (4. 32.). Vgl. Mabai Mora S. 369, Liebe Stipulation S. 52. — Nur scheinbar könnte man darin eine Zurücksetz-

Eben so sollte bey der b. f. actio der verurtheilende Richter jegliches Interesse des Klägers in Anschlag bringen können, auch dasjenige, welches auf ganz individuellen Verhältnissen desselben beruht (Affectionswerth) (f); bey der str. j. actio sollte das Interesse dieser Art außer Anschlag bleiben (g).

IV.

Auf der anderen Seite konnte die freyere Macht des Richters auch dem Beklagten zu großem Vortheil gereichen.

Wenn der Anspruch des Klägers durch Exceptionen ausgeschlossen, oder auf eine geringere Summe beschränkt werden konnte, so hatte diese der Richter in der str. j. actio nur dann zu berücksichtigen, wenn sie der Prätor in der formula ausgedrückt hatte; für die b. f. actio galt diese Beschränkung nicht, so daß der Richter sie beachten

ung des Klägers bey Geldschulden finden wollen, denn für dessen Interesse war durch die sponsio tertiae partis sehr reichlich gesorgt.

(f) *L.* 54 *pr. Mand.* (17. 1.) „.. placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam."

(g) Dieser Satz liegt augenscheinlich in der für die b. f. judicia ausgesprochenen entgegengesetzten Regel (Note f). Er ist aber auch in folgender Stelle unmittelbar anerkannt. *L.* 33 *ad L. Aquil.* (9. 2.) „Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto .. sed quanti omnibus valeret. S. quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi." Nun darf zwar der a. L. Aquiliae der Name stricti juris actio nicht beygelegt werden, aber unter die strengen Klagen gehört sie eben so gut als die, welche jenen Namen führen, und die Regel der Beurtheilung war für den Richter völlig dieselbe. Alles Dieses wird weiter unten dargethan werden.

durfte und ſollte, auch wenn erſt während des Prozeſſes der Beklagte das Daſeyn der Exception, z. B. den von dem Gegner verübten Betrug, entdeckt hatte (a). — Eine wichtige Anwendung dieſes Satzes war es, daß in den b. f. actiones die Compenſation zur Anwendung kam, auch wenn ſie nicht in der formula erwähnt war (b). In der

(a) *L.* 3 *de rescind vend.* (18. 5.) „. . bonae fidei judicio exceptiones pacti insunt." *L.* 21 *sol. matr.* (24. 3.) „. . cum enim doli exceptio insit de dote actioni, ut in ceteris bonae fidei judiciis". . *L.* 84 § 5 *de leg.* 1 (30. un.) „. . quia hoc judicium fidei bonae est, et continet in se doli mali exceptionem." Am ausführlichſten wird dieſe Regel dargeſtellt in *L.* 7 § 5. 6 *de pactis* (2. 14.). In dieſen Stellen iſt ausdrücklich nur von der doli und pacti exceptio die Rede, und man könnte dadurch verleitet werden, die aufgeſtellte Regel auf die aus dem jus gentium entſpringenden Exceptionen zu beſchränken, ſo daß diejenigen davon ausgeſchloſſen wären, welche einen mehr poſitiven Urſprung haben, wie rei judicatae, Sc. Vellejani exceptio u. ſ. w. Allein dieſer Beſchränkung widerſpricht die andere Regel, nach welcher jede Exception zugleich die doli exceptio in ſich ſchließt, indem der Kläger wenigſtens „nunc petendo facit dolose." *L.* 2 § 5 *de doli exc.* (44. 4.), vgl. *L.* 36 *de V. O.* (45. 1.) Darauf geht die Formel der doli exceptio: si in ea re nihil dolo malo factum sit, *neque fiat.* Gajus IV. § 119. Der vollſtändige Zuſammenhang iſt nun ſo zu denken. Die Beachtung der doli exceptio war dem arbiter durch die Worte ex fide bona unmittelbar aufgetragen. Um nun auch die übrigen Exceptionen mit herein zu ziehen, ſtellte man die Regel auf, daß die Klage ſelbſt einen dolus in ſich ſchließe, wenn ſie angeſtellt werde, ungeachtet ihr irgend eine Exception entgegen ſtehe.

(b) Gajus IV. § 61. 63, § 30 *J. de act.* (4. 6.), *L.* 18 § 4 *commod.* (13. 6.). — Es iſt Dieſes jedoch keine einfache, reine Anwendung der vorher aufgeſtellten Prozeßregel, vielmehr tritt dabey ein neues, erſt allmälig ausgebildetes, materielles Rechtsprincip hinzu. Dieſes zeigt ſich ganz deutlich darin, daß zur Zeit des Gajus die Compenſation nur ex eadem causa, alſo auf höchſt beſchränkte Weiſe, gelten ſoll, welche Beſchränkung im Juſtinianiſchen Recht gewiß nicht mehr behauptet werden kann. Vgl. Band 1. § 45. d.

str. j. actio ſollte ſie früher gar nicht gelten; Marc Aurel ließ ſie zu, wenn ſie in die formula als Exception aufgenommen war. Juſtinian dehnte ſie auch auf alle übrige Arten der Klagen aus (c). — Eine andere Anwendung zeigte ſich darin, daß unſittliche Anſprüche bey der str. j. actio nur durch eine ausdrücklich gegebene Exception ausgeſchloſſen wurden (d), anſtatt daß die b. f. actio ſchon an ſich ſelbſt zu einer Verurtheilung dieſes Inhalts nicht führen konnte (e). — Eben ſo iſt das Retentionsrecht eine bloße Anwendung der doli exceptio, und es bedurfte daher bey den Retentionen gegen die rei uxoriae actio keiner ausdrücklichen Inſtruction des Prätors.

War die Klage darauf gegründet, daß ſich der Beklagte einer Culpa ſchuldig gemacht habe, ſo trat in der b. f. actio eine mildere Beurtheilung ein, inſofern von einem ſolchen Geſchäft die Rede war, aus welchem der Beklagte keinen Vortheil für ſich zu erwarten hatte (f).

V.

Die freyere Macht des Juder, die hier als das Un-

(c) § 30 *J. de act.* (4. 6.).

(d) *L.* 8 *de cond. ob turpem* (12. 5.) „Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali, vel in factum summovere eam possis"...

(e) *L.* 5 *de usuris* (22. 1.) „Generaliter observari convenit, bonae fidei judicia non recipere praestationem quae contra bonos mores desideretur."

(f) *L.* 108 § 12 *de leg.* 1 (30. un.) „.. sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur." Vgl. *L.* 5 § 2 *commod.* (13. 6.).

terſcheidende der bonae fidei actio dargeſtellt worden iſt, hat nicht überall dieſelbe Natur. In den meiſten Anwendungen bezieht ſie ſich auf die feſt beſtimmten Rechte der Parteyen, woran auch der Prätor im einzelnen Rechtsſtreit Nichts ändern konnte; ſo verhält es ſich mit den nur in der b. f. actio geltenden Verzugszinſen (III. b.); eben ſo mit der milderen Beurtheilung der Culpa (IV. f.). In Einer Anwendung dagegen (IV. a.) bezieht ſie ſich lediglich auf das Verhältniß des Juder zum Prätor, alſo auf die mehr oder minder buchſtäbliche Befolgung der vorgeſchriebenen formula, wozu der Juder verpflichtet ſeyn ſollte.

Dieſe freyere oder beſchränktere Macht aber ſtand hier, ſo wie bey allen ſtrengen oder freyen Klagen überhaupt (Syſtem § 218), im Zuſammenhang mit der perſönlichen Beſchaffenheit des urtheilenden Richters, indem dieſer für die str. j. actio nur aus dem album der judices genommen werden durfte, welche Beſchränkung für den arbiter in der b. f. actio wegfiel. Offenbar lag nun darin ein größeres Vertrauen, welches dem arbiter der b. f. actio gewährt wurde. Jedoch würde es unrichtig ſeyn, dieſes Vertrauen auf eine allgemeine, klaſſenweiſe eintretende, Vermuthung größerer Zuverläſſigkeit zurückführen zu wollen, da es ja widerſinnig geweſen wäre, die Einſicht oder Redlichkeit eines Richters blos deswegen geringer zu ſchätzen, weil ſein Name im album der judices ſtand. Vielmehr ſcheint jenes größere Vertrauen daraus erklärt werden zu müſſen,

daß beide Parteyen auf die Wahl des arbiter einen mehr unmittelbaren und positiven Einfluß ausübten, als auf die Wahl des judex der str. j. actio, so daß der arbiter ganz eigentlich als der Mann ihrer Wahl angesehen werden konnte, dessen freyere Macht daher beiden Theilen als ungefährlich erscheinen mußte (System § 218. f).

VI.

Die zweyte oben aufgeworfene Frage (Num. II.) betrifft die Klagen, welche unter die eine oder die andere jener beiden Klassen zu rechnen sind.

Der Grundfehler, welcher von jeher eine klare Einsicht in diese Begriffe verhindert hat, bestand darin, daß die Eintheilung meist für eine allgemeine, alle Klagen überhaupt umfassende, gehalten wurde, da sie doch nur auf die Klagen eines gewissen engeren Gebietes zu beschränken ist (System § 218). Sie geht nämlich:

1) nur auf die ordinaria judicia;

2) unter diesen nur auf Civilklagen;

3) unter diesen nur auf Klagen in personam;

4) unter diesen nur auf Klagen aus Contracten oder contractähnlichen Verhältnissen (§ 218. i); mit anderen Worten auf Klagen aus Rechtsgeschäften, nicht aus Delicten.

Auf irgend eine engere Beschränkung des Gegensatzes deutet schon der Eingang der Institutionenstelle:

§ 28 *J. de act.* (4. 6.) „Actionum autem *quaedam* bonae fidei sunt, *quaedam* stricti juris ...

besonders wenn man diese Stelle mit einer vorhergehenden vergleicht:

§ 1 *J. eod.* „*Omnium actionum*, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacumque quaeritur, *summa divisio* in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam."

Der eigentliche Beweis aber muß geführt werden in Beziehung auf die Klassen von Klagen, die nach meiner Behauptung aus jener Eintheilung gänzlich heraus fallen, und die ich nun der Reihe nach durchgehen will.

Es fallen also zuerst aus die civilen Delictsklagen, die überhaupt nicht in großer Anzahl vorkommen; namentlich furti und Legis Aquiliae actio. In dem Verzeichniß der bonae fidei actiones kommen sie nicht vor, daß sie aber auch nicht den Namen von stricti juris actiones führten, kann erst weiter unten, bey den Condictionen, dargethan werden.

Es fallen ferner aus alle in rem actiones. Der Beweis liegt in folgenden Stellen.

a) *L.* 5 *pr.* § 4 *de in litem jur.* (12. 3.).

„In actionibus *in rem*, et in ad exhibendum, *et in bonae fidei judiciis*, in litem juratur.... Plane interdum *et in actione stricti judicii* in litem jurandum est."

Hier werden offenbar sämmtliche in rem actiones so-

wohl den b. f., als den str. j. actiones, dem Begriff nach, völlig entgegen gesetzt, und nur in ihrer Beziehung auf den Eid mehr oder weniger gleich gestellt.

b) § 30 *J. de act.* (4. 6.). Der Gedankengang ist dieser. Die Compensation sollte zuerst nur beachtet werden bey den b. f. judiciis, bey diesen aber allgemein. Dann hat sie Marc Aurel auf die stricta judicia vermittelst der doli exceptio ausgedehnt. Endlich hat Justinian ihre Anwendung fast ganz allgemein gemacht: „ut actiones ipso jure minuant *sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque:* excepta sola depositi actione." — Der Sinn dieser Stelle ist so zu ergänzen. Früher waren von der Compensation ausgeschlossen alle in rem actiones, und vielleicht noch manche andere. Jetzt gilt sie allgemein, ohne Unterschied der in rem und in personam actio, und auch bey den übrigen bisher etwa ausgeschlossenen Klagen.

c) § 31 *J. de act.* (4. 6.). Nachdem hier der Begriff der arbitraria actio aufgestellt ist, fährt die Stelle so fort: „Sed *istae quidem actiones*, tam in rem, quam in personam inveniuntur," mit sichtbarer Hindeutung auf die unmittelbar vorher abgehandelten b. f. und stricti juris actiones, unter welchen **keine** in rem actiones zu finden waren.

Dann fallen noch ferner aus alle prätorische Klagen. Dieses hängt damit zusammen, daß der Character der b. f. actio ausgedrückt wurde durch den in die Intentio eingerückten Zusatz ex fide bona, welcher aber nur bey der Intentio in jus concepta Sinn und Zweck hatte, als Mit-

derung des ſtreng lautenden dare facere *oportet*, nicht bey der Intentio in factum concepta, ſo wie es alle prätoriſche Klagen ohne Ausnahme waren (a). Eine ſcheinbare Einwendung gegen dieſe Behauptung könnte auf eine Stelle der Digeſten gegründet werden, nach welcher bey einer prätoriſchen Klage, die alſo in factum war, dennoch der bona fides Erwähnung geſchehen konnte (b). Allein dieſe

(a) Sehr anſchaulich wird dieſes aus der doppelten formula der depositi actio bey Gajus IV. § 47. Die in jus heißt: Quidquid dare facere *oportet ex fide bona*, und hier erſcheint der Zuſatz als Modification des außerdem unbedingten oportet. Dagegen heißt die in factum: Si paret Agerium mensam argenteam deposuisse, und bey dieſer reinen Thatſache hätte die Modification ex fide bona gar keinen Sinn gehabt, wie ſie denn in der That dabey nicht ausgedrückt iſt. In der Macht des Richters ſollte darum für dieſe beiden Formeln kein Unterſchied ſeyn; die wörtliche Vorſorge aber wurde nur neben dem gefährlichen Wort oportere nöthig gefunden. Dasjenige nun, was hier ausnahmsweiſe bey einigen wenigen Civilklagen galt, war bey den prätoriſchen Klagen (die insgeſammt in factum concipirt waren) als allgemeine Regel zu betrachten, ohne daß in jenen oder dieſen Fällen die freye Macht des urtheilendenarbiter durch den Zuſatz ex fide bona in der Formel geſichert zu werden brauchte.

(b) *L.* 11 § 1 *de dolo* (4. 3.). Die actio de dolo, ſagt Ulpian, ſoll nicht gegeben werden den Kindern gegen die Eltern, dem Freygelaſſenen gegen ſeinen Patron u. ſ. w. „Quid ergo est? in horum persona dicendum est, in factum verbis temperandam actionem dandam, *ut bonae fidei mentio fiat.*" Das heißt: die Intentio ſoll nicht, wie gewöhnlich ſo lauten: Si paret, *dolo malo* Negidii factum esse rel. Wie ſie nun vielmehr gefaßt werden konnte, ſagt uns, übereinſtimmend mit Ulpian, Cicero ad Att. VI. 1 med. „si ita negotium gestum est *ut eo stari non oporteat ex fide bona,*" oder in anderen ähnlichen Worten, wodurch nur der Begriff des dolus bezeichnet, und doch der Ausdruck umgangen wurde. (Vgl. Heffter observ. in Gaji Comm. IV. p. 79). Die Worte ex fide bona dienten nun zur Characteriſtik der bloßen Thatſache, wie denn auch das daneben ſtehende opoteat einen blos factiſchen Sinn hat, nicht den ſtreng juriſtiſchen, wie in der Intentio in jus concepta.

Erwähnung ist von der die b. f. actiones characterisirenden Clausel wesentlich verschieden, indem sie nur dazu dienen sollte, das schimpfliche Wort dolus zu umgehen, ohne doch dem Sinn Etwas zu vergeben. Es gehörte also hier die bona fides zur näheren Bestimmung der Thatsache der Intentio in factum concepta, nicht zur Milderung des strengen oportere, so daß die hier angeführte Klage mit dem eigenthümlichen Begriff der bonae fidei actio Nichts gemein hat, als den Gebrauch des Ausdrucks bona fides.

Endlich fallen aus jener Eintheilung heraus die extraordinariae actiones, und diese Behauptung wird wohl am Wenigsten Widerspruch finden, da bey denselben überhaupt kein Judex vorkam, dessen Stellung doch bey jener Eintheilung das wichtigste Moment war.

VII.

Bey den zahlreichen Klagen, die hier von der Bezeichnung als str. j. oder b. f. actiones ausgeschlossen worden sind, muß darum nicht weniger untersucht werden, ob sie sich in ihrer Natur und gerichtlichen Behandlung der einen oder der andern Art annäherten. Denn der Gegensatz der strengen und freyen Klagen ist in der That ein allgemeiner, und in ihm muß daher auch jeder der oben ausgeschlossenen Klagen ihre bestimmte Stelle angewiesen werden. Es ist also für alle Arten der ausgeschlossenen Klagen die Frage zu beantworten, ob sie von einem judex oder einem arbiter entschieden wurden, und hiernach wird

es ſich zugleich richten müſſen, ob die freyere Macht des Richters, die hier für die b. f. actiones nachgewieſen worden iſt, auch bey ihnen eintrat oder nicht. Hieraus ergiebt es ſich aber, daß die hier durchgeführte engere Begränzung jener Eintheilung, alſo auch die Ausſchließung ſo vieler Klagen von derſelben, mehr eine terminologiſche als eine reale Bedeutung hat.

VIII.

Die civilen Delictsklagen halte ich für ſtrenge Klagen, oder eigentliche judicia. Ich ſchließe Dieſes erſtlich daraus, daß ihre Intentio auf damnum decidere oportere gerichtet war (a), alſo überhaupt auf ein oportere, und zwar ohne hinzugefügte Milderung, genau ſo wie die str. j. actiones. Von der actio L. Aquiliae insbeſondere wiſſen wir, daß bey ihr der Affectionswerth nicht gefordert werden konnte (Num. III. g), daß ſie alſo hierin anders behandelt wurde, als die b. f. actiones; hierin mag eine einzelne Beſtätigung der aufgeſtellten allgemeinen Anſicht gefunden werden. Von großer Erheblichkeit war wohl die ſtrenge Natur dieſer Klagen nicht, weil die meiſten Verhältniſſe, die einen praktiſch wichtigen Unterſchied zwiſchen den str. j. und b. f. actiones mit ſich führten (Num. III. IV.), bey ihnen ſeltner zur Sprache kommen konnten.

Die hier aufgeſtellte Regel mußte alſo gelten für folgende Klagen: actio furti nec manifesti, oblati, con-

(a) Gajus IV. § 37. 45.

cepti (b), de tigno juncto (c), arborum furtim caesarum (d), Legis Aquiliae, injuriarum ex Lege Cornelia (e). Bey weitem die meiſten Delictsklagen gehören nicht dahin, weil ſie prätoriſche Klagen waren: Dieſes gilt namentlich von der äſtimatoriſchen Injurienklage und von der actio furti manifesti (f). Auf alle dieſe Klagen alſo war zwar der Name stricti juris actio nicht eigentlich anwendbar, allein ſie wurden ohne Zweifel nach der Analogie der für dieſe aufgeſtellten Regeln beurtheilt (g).

IX.

Von den civilen in rem actiones muß im Allgemeinen behauptet werden, daß ſie freye Klagen oder arbitria waren, und daher ganz nach Art der b. f. actiones behandelt wurden, obgleich dieſer Name freylich ihnen nicht beygelegt werden darf.

Ich fange an mit dem Eigenthum. Aus dieſem konnte, zur Zeit des ausgebildeten Formularprozeſſes, in drey verſchiedenen Formen geklagt werden: mit einer Sacramenti Legis actio vor den Centumvirn, per sponsionem, und durch eine petitoria formula (a). Die erſte Form wurde

(b) Gajus III. § 190. 191.
(c) Digest. XLVII. 3.
(d) Digest. XLVII. 7.
(e) *L.* 5 *L.* 37 § 1 *de injur.* (47. 10.), § 8 *J. eod.* (4. 4.).
(f) Gajus IV. § 189.
(g) So hatte Marc Aurel die Anwendung der Compenſation auf die stricti juris actiones (vermittelſt einer doli exceptio) geſtattet (Num. IV. c). Daß nun dieſe Anwendung, ſchon zur Zeit der alten Juriſten, auch bey den Delictsklagen gemacht wurde, zeigt *L.* 10 § 2 *de compens.* (16. 2.).
(a) Gajus IV. § 91—95.

wahrſcheinlich durch den höheren Werth des Gegenſtandes mit Nothwendigkeit herbeygeführt, zwiſchen den Zwey letzten Formen hatte wahrſcheinlich der Kläger die Wahl.

Die Centumviralklage nun fällt gar nicht in das Gebiet unſrer Frage, da ſie ganz außer dem ordo judiciorum lag (Syſtem § 213). Wie ſtreng oder frey die Behandlung war, muß aus Mangel an Nachrichten dahin geſtellt bleiben. Im Juſtinianiſchen Recht iſt davon keine Spur mehr übrig. — Die Sponſionsklage war gar nicht in rem; vielmehr wurde hier durch eine erzwungene Stipulation der Streit zwiſchen dem Eigenthümer und dem Beſitzer künſtlicherweiſe in ein Contractsverhältniß verwandelt, und nun war freylich die Klage aus dieſer Stipulation eine stricti juris actio, die allerdings im letzten Reſultat die Entſcheidung über das ſtreitige Eigenthum herbeyführte. — Die petitoria formula alſo war die einzige, aus dem Eigenthum entſpringende, reine in rem actio; ſie iſt die Klage, welche wir in unſren Rechtsquellen als rei vindicatio vorfinden. Dieſe nun war eine freye Klage, ein arbitrium, worin der arbiter völlig eben ſo freye Hand hatte, wie in einer bonae fidei actio. Es zeigt ſich dieſe freye Macht zuerſt darin, daß der Richter den Kläger abzuweiſen hatte, wenn der Beklagte nicht beſaß, obgleich davon Nichts in der formula ſtand (b). Sie zeigt ſich

(b) *L.* 9 *de rei vind.* (6. 1.). „*Officium autem judicis* in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat." Daß davon Nichts in der Formel ſtand, folgt nicht blos aus dieſen Worten ſelbſt, ſondern es erhellt auch unmittelbar aus den vorhan-

aber auch in dem möglichen Umfang der Verurtheilung, der ganz eben so ausgedehnt war, wie in irgend einer b. f. actio (c).

Die Servituten waren, eben so wie das Eigenthum, durch eine petitoria formula geschützt, und die confessoria actio ist in der That diese Klage. Dabey nun wird das völlig freye officium judicis gleichfalls bezeugt (d).

Das Erbrecht wurde in denselben Drey Klagformen geschützt, wie das Eigenthum. Die Sacramenti Legis actio und die Sponsionsklage werden von Cicero erwähnt (e). Die petitoria formula ist hier die Klage, welche in Justinians Rechtsbüchern als hereditatis petitio bezeichnet wird. Hier nun gieng das officium judicis gleichfalls auf Untersuchung des Besitzes des Beklagten (f); eben so war der arbiter angewiesen, manche Exceptionen zu berücksichtigen, auch wenn sie nicht in der Formel ausgedrückt waren (g). Sie hatte also eine eben so freye Natur, wie die b. f. actiones. Justinian sagt, es sey darüber gestritten worden,

denen Formeln. Gajus IV. § 92. Cicero in Verrem II. 12. (Vgl. System § 209. c).

(c) *L.* 68 *de rei vind.* (6. 1.), *L.* 91 *pr. de V. O.* (45. 1.). „ .. in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpae hujus nomine tenetur possessor ... "; bey der Klage aus der Stipulation gelte diese Verpflichtung nicht.

(d) *L.* 7 *si servitus* (8. 5.).

(e) Cicero in Verrem I. 45. Da er die petitoria formula daneben nicht erwähnt, so möchte man annehmen, diese sey hier erst später anerkannt worden.

(f) *L.* 10 § 1 *de her. pet.* (5. 3.).

(g) *L.* 58 *de her. pet.* (5. 3.). „ ... Respondi, et *si non exciperetur*, satis *per officium judicis* consuli." Es ist hier die doli exceptio gemeynt, vgl. oben Num. IV. a.

ob ſie ſelbſt eine b. f. actio ſey, und er ſpricht ihr dieſen Character zu (h). Welche Bedeutung der von ihm erwähnte frühere Streit hatte, wiſſen wir nicht, und die Beylegung des Namens einer b. f. actio müſſen wir nach der Analogie anderer Klagen für unpaſſend halten. Vielleicht iſt jener Streit und dieſe Benennung darauf zu beziehen, daß die hereditatis petitio, verglichen mit anderen in rem actiones, eine eigenthümliche Natur durch die beſchränktere Beſchaffenheit der Perſon des Beklagten hat (Syſtem § 208. k), wodurch ſie einige Ähnlichkeit mit den Klagen in personam bekommt. Es kommt hinzu, daß die perſönlichen Leiſtungen, die in allen Klagen in rem neben dem Hauptgegenſtand vorkommen können, bey dieſer Klage ausgedehnter zu ſeyn pflegen als bey anderen, namentlich als bey der Eigenthumsklage, weshalb ſie auch einmal geradezu eine mixta personalis actio genannt wird (i), obgleich jener blos factiſche und relative Unterſchied den eigentlichen Character der Klage nicht ändern kann. Ganz beſonders aber tritt der Umſtand hinzu, daß nach dem Senatusconſult vom J. Chriſti 129 dieſe Klage ſehr häufig Statt finden konnte, obgleich alle Erbſchaftsſachen bereits veräußert, oder auch durch pro herede usucapio in das Eigenthum des Beſitzers übergegangen waren (k), in wel-

(h) *L.* 12 § 3 *C. de pet. her.* (3. 31.), § 28 *J. de act.* (4. 6.).
(i) *L.* 7 *C. de pet. her.* (3. 31.).
(k) *L.* 20 § 6 *de her. pet.* (5. 3.), Gajus II. §. 57.

chen Fällen freylich nur noch mit Hülfe von Fictionen die Klage als eine in rem actio angesehen werden konnte.

Unter den in rem actiones, welche ein Familienverhältniß zum Gegenstand haben, ist nur allein das liberale judicium eine Civilklage; bey den übrigen, welche prätorische Klagen sind, kann die hier verhandelte Frage gar nicht vorkommen (§ 216. a). Das liberale judicium nun scheint vorzugsweise vor dem Centumviralgericht verhandelt worden zu seyn; vor einem einzelnen Richter verhandelt, möchte es wohl ein strenges judicium gewesen seyn.

X.

Die sehr zahlreichen honorariae actiones waren ohne Zweifel insgesammt freye Klagen oder arbitria, so gut als die bonae fidei judicia. Sie führen nicht diesen Namen, weil sich bey ihnen die freye Behandlung von selbst verstand, und nicht erst durch die Clausel ex fide bona gesichert zu werden brauchte (Num. VI.).

Was endlich die extraordinariae actiones betrifft, so ist nicht zu zweifeln, daß in ihnen dieselbe Freyheit der Beurtheilung galt, wie in den b. f. actiones. Wenigstens von einer Beschränkung der Macht des Juder konnte bey ihnen unmöglich die Rede seyn, da hier die richterliche Obrigkeit selbst die Function des Juder übernahm.

XI.

Ist nun bisher der gemeinschaftliche Umfang der stricti

juris und bonae fidei actiones nach außen hin, im Verhältniß zu den ihnen fremden Klagen, begränzt worden (Num. VI — X.), so bleibt jetzt noch übrig unter ihnen selbst die rechte Gränze zu ziehen, also zu bestimmen, welche einzelne Klagen unter die eine, welche unter die andere dieser beiden Klassen gehörten.

Für die stricti juris actiones oder condictiones kann diese Bestimmung hier nur vorläufig, und in einer allgemeinen Übersicht, versucht werden, die genauere Untersuchung selbst muß der besonderen Abhandlung über die Condictionen (Beylage XIV.) vorbehalten bleiben.

Die Fälle, in welchen dieselben zur Anwendung kamen, lassen sich auf Drey Klassen zurück führen: Datum, expensum latum, stipulatum (a).

Unter das Datum gehört zuerst das Darlehen; dann aber auch viele andere Thatsachen, welche einer andern Person Stücke unsres Vermögens irrigerweise, ohne wahren Rechtsgrund, zuführen. Hieraus entspringen die condictio inde-

(a) Cicero pro Roscio Com. C. 5. „Pecunia petita est certa ... Haec pecunia necesse est, *aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit.*" Vorher (C. 4) wird gesagt: „Adnumerasse sese negat: expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat: reliquum est, ut stipulatum se esse dicat. Praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio." — *L.* 9 § 3 *de R. C.* (12. 1.). „ .. ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, *sive re* fuerit contractus factus, *sive verbis*, sive conjunctim".. Es ist ausgelassen sive litteris, weil diese Form des Vertrags zu Justinians Zeit verschwunden war. — Allerdings sprechen beide angeführte Stellen nur von der *certi* condictio, die auf eine bestimmte Summe in baarem Geld gieng; allein die ausschließende Beschaffenheit der drey Entstehungsgründe war allen str. j. actiones gemein.

biti, sine causa, ob causam datorum, ob turpem vel injustam causam, furtiva, welche alle unzweifelhaft unter die str. j. actiones gehören.

Expensum latum ist der alte Literalcontract, dessen streng wirkende Natur keinem Zweifel unterworfen ist.

Das Stipulatum endlich, als gleichfalls unzweifelhafter Entstehungsgrund von stricti juris Klagen, ist unter allen diesen Fällen der wichtigste. Schon hier aber ist es nöthig, auf zwey, an sich verschiedene, Beziehungen der Stipulation aufmerksam zu machen. Sie war nämlich erstens Entstehungsgrund von stricti juris actiones, und diese Beziehung hat ihre gegenwärtige Erwähnung veranlaßt. Sie war aber auch zweytens die einzige, im Römischen Recht enthaltene, ganz allgemeine Vertragsform, wodurch jeder beliebige Inhalt die Natur einer klagbaren Obligation erhalten konnte, und diese ihre wichtige Eigenschaft wäre an sich auch mit einer aus ihr entspringenden b. f. actio vereinbar gewesen; von dieser Bemerkung wird sogleich noch weiterer Gebrauch gemacht werden. — Durch diese zweyte Beziehung unterschied sich die Stipulation von allen anderen Verträgen; der Kauf z. B., die Societät, das Mandat u. s. w. haben stets nur einen einzelnen Zweck und Inhalt: die expensilatio aber, obgleich durch die Unbestimmtheit der Zwecke mit der Stipulation verwandt, war wenigstens darin beschränkter, daß sie nur auf Geschäfte in Geld angewendet werden konnte, nicht auf Sachen anderer Art, noch auf Arbeit.

Der ausgedehnte und mannichfaltige Gebrauch der Stipulation zur Begründung privatrechtlicher Ansprüche, die außerdem gar nicht vorhanden gewesen wären, zeigt sich sehr deutlich in folgender merkwürdigen Erzählung. Im Jahr der Stadt 512 erfochten die Römer einen großen Sieg über die Flotte der Karthager, weshalb dem Consul Lutatius der Triumph gestattet wurde. Der Prätor Valerius behauptete, daß Er das größere Verdienst bey der Schlacht gehabt habe, und um darüber einen Richterspruch zu erhalten, veranlaßte er den Consul zu einer Sponsion, worauf ein gewöhnlicher Juder über die Streitfrage entschied (b).

Diese dreyerley Entstehungsgründe der str. j. actiones lassen sich wiederum auf ein einfaches Princip zurück führen, welches erst in der nachfolgenden Abhandlung von den Condictionen gezeigt werden kann.

XII.

Für die Anwendung der b. f. actiones finden wir kein allgemeines Princip aufgestellt, wohl aber ein Verzeichniß

(b) Valer. Max. II. 8. 2. Ohne Zweifel war die Sponsion auf eine Geldsumme gerichtet, wahrscheinlich nur zum Schein, also insofern ähnlich einer sponsio praejudicialis (wie bey Gajus IV. § 94.). Es kam nur auf einen Ausspruch über den Ehrenpunkt an. — Wir drücken dieses Verfahren, hier wie bey den gerichtlichen Sponsionen, gewöhnlich als eine Wette aus, und das war auch jede gegenseitige Stipulation (sponsio mit restipulatio) allerdings; allein das juristische Wesen solcher Wetten bestand doch

in den Institutionen (a), welches offenbar nicht blos Beyspiele angeben, sondern die Fälle selbst vollständig aufzählen will. Cicero giebt mehrere, damit fast ganz übereinstimmende, Beyspiele an (b). Die entsprechende Stelle des Gajus enthielt auch ein vollständiges Verzeichniß, sie ist aber lückenhaft geblieben, und außerdem durch Schreibfehler entstellt (c). Alle an diesen Orten vorkommende Fälle halten sich in den, für die b. f. actiones oben angegebenen Gränzen (Num. VI.). Die in den Institutionen vorkommenden Fälle lauten so:

§ 28. Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum (d), mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo (e), prae-

immer in den dazu angewendeten Stipulationen.

(a) § 28. 29 *J. de act.* (4. 6.).

(b) Cicero top. C. 17, de officiis III. C. 15. 17, de natura deorum III. 30, in welcher letzten Stelle sehr fein unterschieden werden die judicia de fide *mala* (welche infamiren wie tutelae u. s. w.), und reliqua quae *contra* fidem fiunt (wie emti u. s. w.)

(c) Gajus IV. § 62.

(d) In dieser Klage ist nun zugleich mit begriffen die funeraria actio, die sich ja von ihr überhaupt nur durch eine noch ausgedehntere Macht des Juder unterscheidet. *L.* 14 § 13 *de relig.* (11. 7.).

(e) Man hat geglaubt, Dieses habe zur Zeit des Gajus noch nicht gelten können, wegen der strengen Formel: quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato (IV. § 42.). Vgl. Hefter observ. in Gajum Comm. IV. Allein daneben konnte noch sehr wohl stehen: quidquid dare facere oportet ex fide bona, condemnato. Schon Julian erklärt jene Klage für eine b. f. actio. *L.* 24 *pr. comm. div.* (10. 3.). Die Zeugnisse des Ulpian und Paulus (L. 4 § 2 L. 14 § 1 eod.) würden in dieser Hinsicht allerdings Nichts beweisen. — Die actio finium regundorum scheint nicht aus Versehen, sondern absichtlich übergangen, und der Grund möchte wohl darin liegen,

scriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit (f), et hereditatis petitio (g). Im § 29 wird noch hinzugefügt die actio rei uxoriae, an deren Stelle jetzt eine actio ex stipulatu, gleichfalls als b. f. actio, gesetzt worden sey.

daß sie im älteren Recht überhaupt keine gewöhnliche actio, sondern ein ganz eigenthümliches, den Agrimensoren zustehendes, arbitrium war, wobey übrigens ein ähnlich freyes Ermessen wie bey einer b. f. actio gelten mochte. Manche setzen den Grund darin, daß diese Klage quasi ex maleficio gewesen sey (Marezoll bey Linde X. S. 290.), was jedoch nicht richtig scheint; denn daß der Richter auch auf zufällig verübten dolus dabey Rücksicht nehmen soll, ist nichts Besonderes, da es auch bey den zwey anderen Theilungsklagen gilt; eigentlicher Klagegrund ist hier der dolus niemals.

(f) Manche haben angenommen, nur diese zwey Fälle der actio praescriptis verbis seyen b. f., weil nur sie hier genannt seyen; es ist jedoch kaum denkbar, daß irgend ein anderer Fall derselben, so wie sie in *L.* 5 *praescript. verbis* (19. 5.) zusammengestellt sind, stricti juris seyn sollte. Namentlich steht damit ganz im Widerspruch die sehr allgemeine Äußerung Ulpians in *L.* 1 *pr. de aestim.* (19. 3.) „quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, ... dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: *est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide. Quare* omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei judiciis diximus." Eben so entscheidend ist folgender Umstand. Die Klage gegen Den, cui rem inspiciendam dedi, geht nur auf dolus, nicht auf culpa, wenn er von dem Geschäft keinen Vortheil hat. *L.* 17 § 2 *de praescr. verb.* (19. 5.), *L.* 10 § 1 *L.* 12 *pr. commod.* (13. 6.). Gerade Dieses aber ist eine Eigenthümlichkeit der b. f. contractus. *L.* 108 § 12 *de leg.* 1. (30 un.). Im Sinn Justinians sind daher jene zwey Fälle augenscheinlich blos Beyspiele; vielleicht hatte der alte Jurist, von welchem sie herrühren, sie schon eben so gemeynt: vielleicht waren es aber auch zu seiner Zeit erst die einzigen anerkannten Fälle überhaupt, worin eine actio praescriptis verbis gelten sollte; ganz gewiß hat er nicht sagen wollen, diese Klage gelte auch in den übrigen Fällen aber als stricti juris actio, sondern wenn er die beiden Fälle in einem ausschließenden Sinn erwähnte, so wollte er für die übrigen Fälle jede Civilklage verneinen.

(g) Vgl. oben Num. IX.

Cicero und Gajus fügen noch übereinstimmend hinzu die actio fiduciae (h), die mit der Mancipation in Verbindung stand, und deshalb zu Justinians Zeit gänzlich verschwunden war. — In den Institutionen hätten noch hinzugefügt werden müssen die Klagen aus dem emphyteuticarius contractus; denn da dieser blos deswegen für einen eigenen Contract erklärt wurde, weil gezweifelt wurde, ob der Begriff der emtio oder der conductio auf ein solches Geschäft anwendbar sey, so konnte er nicht weniger, als diese beide Contracte, bonae fidei seyn. Er mag wohl deshalb nicht genannt seyn, weil zu der Zeit des K. Zeno, der ihn einführte (i), die Unterscheidung der b. f. actiones weniger wichtig war als früher, oder auch weil man sich damit begnügte, die bey einem alten Juristen zusammengestellten Contractsklagen abzuschreiben.

Das hier aufgestellte ausschließende Verzeichniß der b. f. actiones beruhte nicht auf Willkühr; es enthielt alle diejenigen Rechtsverhältnisse, welche, nach der Erfahrung, auf Treue und Glauben gegründet zu werden pflegten, ohne daß man die Vorsicht strenger Rechtsformen anzuwenden für nöthig hielt. Es war also damit so gemeynt, daß man in allen anderen, etwa seltner vorkommenden,

(h) Cicero de officiis III. 15. 17, ad familiares VII. 12, Gajus IV. § 62. Vgl. Beylage XIV. Num. V. — Daher gab es denn auch eine contraria fiduciae actio. Paulus II. 13 § 7.

(i) *L.* 1 *C. de j. emphyt.* (4. 66.).

Verhältnissen, die Form der Stipulation anwenden, sonst aber gar nicht durch Klage geschützt seyn sollte.

XIII.

Das Verhältniß dieser beiden Arten der Klagen zu einander scheint man gewöhnlich so zu denken, als ob die str. j. actiones exceptionelle oder privilegirte Klagen gewesen wären, wodurch man dem Kläger in manchen Fällen einen strengeren Schutz gewährt hätte, in ähnlicher Weise etwa wie es bey uns mit der Wechselklage unzweifelhaft geschieht. Diese Ansicht aber muß schon deswegen verworfen werden, weil bey dieser Art der Klagen Vortheile und Nachtheile des Klägers sehr gemischt waren (Num. II—IV.). Ferner wird diese Ansicht auch widerlegt durch die Fassung der angeführten Institutionenstelle. In dieser werden die Fälle der str. j. actiones gar nicht angegeben, wohl aber die der b. f., und zwar diese nicht durch ein allgemeines Princip, sondern durch besondere Aufzählung. Dieses Verfahren deutet darauf hin, daß vielmehr die str. j. actiones die Regel bilden, die b. f., die daneben stehenden einzelnen Ausnahmen.

Und in der That muß dieses Verhältniß von Regel und Ausnahme als das wahre anerkannt werden. Wir müssen, als Grundlage des ursprünglichen Obligationenrechts, einen strengen Rechtsbegriff annehmen, nach welchem überhaupt keine andere Klagen aus Rechtsgeschäften zulässig waren, als die welche wir jetzt str. j. actiones nen-

nen. Sie reichten für das strenge Bedürfniß hin, weil die Stipulation eine so allgemeine Form war, daß jede Art eines Vertrags, mochte es Kauf, Societät, Mandat u. s. w. seyn, in dieselbe eingekleidet werden konnte. In den Fällen solcher Rechtsgeschäfte also wurde eine Forderung durch den im Namen des Staats richtenden Juder geschützt, außer diesen Fällen wurde ein Juder versagt.

Nun mochte es aber im täglichen Verkehr beständig vorkommen, daß viele Geschäfte auf Treue und Glauben geschlossen wurden, ohne daß man die feyerliche Form der Stipulation hinzufügte; die große Mehrzahl solcher Verträge wurden, wie es auch bey uns geschieht, erfüllt, ohne daß man an die Hülfe eines Richters dachte. Wenn aber in einzelnen Fällen über die Art der Erfüllung Streit entstand, oder wenn der eine Theil sich darauf berufen wollte, daß er zu gar Nichts verpflichtet sey, weil die Stipulation fehle, sollte dann die richterliche Hülfe versagt werden? Es lag sehr nahe, diese zu gestatten, und zwar mit Rücksicht auf die unter rechtlichen Männern ohnehin herrschende Sitte und das darauf gegründete gegenseitige Vertrauen (bona fides, ut inter bonos). Indem man aber nicht sowohl eine strenge Verpflichtung nach Civilrecht, als die Anerkennung der guten Sitte, zum Grund legte, schien es zweckmäßig, auch die Art der Ausführung durch diesen Grund bestimmen zu lassen. Der Prätor nöthigte die Parteyen, sich über einen Richter in einer ähnlichen

Weiſe zu vereinigen, wie es wohl auch ohne Richter zu geſchehen pflegte (arbiter), und trug dieſem auf, den Streit ſo zu entſcheiden, wie es dem unparteyiſchen Rechtsgefühl angemeſſen war, ohne Rückſicht auf die buchſtäblichen Vorſchriften des Civilrechts.

Der hier aufgeſtellten Genealogie der Begriffe und Rechtsverhältniſſe könnte man nun auch noch eine hiſtoriſche Bedeutung beylegen, in folgender Weiſe. Man könnte ſagen, es habe eine, vielleicht lange, Zeit gegeben, worin die str. j. actiones die einzigen Contractsklagen überhaupt geweſen wären; ſpäterhin ſeyen auch noch die b. f. actiones zugelaſſen worden, alſo in Fällen, worin früher gar nicht geklagt werden konnte. Dieſe hiſtoriſche Behauptung iſt von der von mir hier aufgeſtellten völlig verſchieden, indem es mit der meinigen völlig vereinbar wäre, eine gleichzeitige Entſtehung der str. j. und b. f. actiones, gleich bey der erſten Bildung des ordo judiciorum, das heißt des Formularprozeſſes, anzunehmen. Ich enthalte mich hier über dieſe hiſtoriſche Frage jeder beſtimmten Behauptung oder Verneinung (a).

XIV.

Die eben angegebene Behandlung der Sache bewährt ſich in folgender Faſſung der Formeln. In den ſtrengen Klagen (str. j. actiones) lautete die Intentio ſo:

(a) Vgl. Beylage XIV. Num. XLVII, wo dieſe Frage beſonders erörtert wird.

Si paret Negidium Centum (oder hominem) dare oportere

oder: Quidquid Negidium dare facere oportet.

Diese letzte Intentio behielt man in den freyen Klagen bey, gab ihr aber einen Zusatz:

Quidquid Negidium dare facere oportet *ex fide bona.*

Dieser Zusatz drückte zwey in sich zusammenhängende Gedanken zugleich aus; erstlich, daß überhaupt das oportere nicht auf die strenge, formelle Regel des Civilrechts gegründet sey, sondern auf die Sitte und das Vertrauen, welche unter rechtlichen Menschen herrschen; zweytens, daß eben deshalb die Verpflichtung nach freyer Erwägung aller Umstände, mit gleicher Billigkeit gegen beide Parteyen, zu beurtheilen sey.

Der Zusatz ex fide bona war der häufigste, und von ihm erhielt diese ganze Klasse von Klagen den Namen bonae fidei actiones. Bey einigen Klagen waren andere Ausdrücke gebräuchlich, jedoch in demselben Sinn. So bey der actio fiduciae der Ausdruck: ut inter bonos bene agier oportet (a). Daß man diesen Ausdruck für gleichbedeutend hielt mit ex fide bona, erhellt aus den Stellen des Cicero und des Gajus, worin dieselbe Klage unter die b. f. actiones gezählt wird (b).

Eben so war bey der actio rei uxoriae herkömmlich

(a) Cicero de off. III. 15. 17, ad fam. VII. 12, top. C. 17. In der ersten Stelle hat die Formel noch den Zusatz: et sine fraudatione.

(b) Cicero de off. III. 17, Gajus IV. § 62.

der Ausdruck aequius melius (c); darum wurde nicht weniger diese Klage unter die b. f. actiones gerechnet (d).

Bey diesem letzten Ausdruck jedoch (aequius melius) ist zu bemerken, daß er noch eine eigenthümliche Bedeutung hatte. Er bezeichnete nämlich überall eine, nicht sowohl in der Natur der Klage, als in den besonderen Bedürfnissen einiger Rechtsverhältnisse gegründete so freye richterliche Beurtheilung, wie sie selbst bey den gewöhnlichen b. f. actiones nicht vorzukommen pflegte. Daher wurde dieser Zusatz selbst bey einigen prätorischen Klagen nöthig gefunden, die niemals den Zusatz ex fide bona führten, weil sich bey ihnen das den b. f. actiones zukommende freye Ermessen ohnehin von selbst verstand, anstatt daß auch bey ihnen dieser noch höhere Grad der freyen Macht einer besonderen Hindeutung bedurfte. Die wenigen Klagen, in welchen dieses ungewöhnlich freye Ermessen eintrat, hießen in bonum et aequum conceptae (e).

(c) Cicero de off. III. 15, top. C. 17. — Wörtliche Anspielungen darauf noch in den Digesten. *L.* 66 § 7 *sol. matr.* (24.3.), *L.* 82 *de solut.* (46.3.).

(d) § 29 *J. de act.* (4. 6.), *L.* 36 *de pec.* (15.1.). „In b. f. contractibus .. ut est in actione de dote agitatum ... hoc *et in ceteris b. f. judiciis* accipiendum esse," *L.* 21 *sol. matr.* (24. 3.). „ .. si .. de dote agere .. ut *in ceteris b. f. judiciis.*" Diese Stellen rühren aus denselben Zeiten her, worin doch auch noch der Ausdruck aequius melius im Gebrauch war (Note c).

(e) Vgl. System Band 2 § 71, besonders Note d—k. — Der Name actiones in bonum et aequum *conceptae* drückt aus, daß in der formulae conceptio die Ausdrücke bonum aequum, oder aequius melius vorkamen.

XV.

Um die hier dargestellte Natur der str. j. und b. f. actiones vollständig aufzufassen, ist es jedoch nöthig, auch noch die verschiedenen Arten von Übergängen zu betrachten, die zwischen jenen Klassen der Klagen Statt fanden.

Das freye Ermessen des arbiter zeigte sich in den b. f. actiones fast durchaus in gleicher Ausdehnung (a); dagegen erscheint bey den str. j. actiones die geringere Freyheit des judex in sehr verschiedenen Graden. Bey der Formel: Si paret Centum dare oportere hatte der Judex nur die Wahl, entweder 100 zuzusprechen oder ganz zu absolviren. Bey der Formel: Si paret fundum dare oportere hatte er, außer jener Wahl, auch noch die Sache in Geld abzuschätzen. Endlich bey der Formel: Quidquid dare facere oportet war das Ermessen in der Bestimmung der Geldsumme nothwendig noch weit freyer. In dieser Abstufung ist es einleuchtend, daß die Fälle der letzten Art sich den b. f. actiones sehr annäherten, wie sie denn auch in der Abfassung der Intentio mit denselben fast ganz übereinstimmten, und nur durch den fehlenden Zusatz ex fide bona von ihnen unterschieden wurden.

(a) Nämlich nur mit Ausnahme der wenigen actiones in bonum et aequum conceptae, für welche eine noch freyere Macht des Arbiter galt (Num. XIV.).

XVI.

Noch wichtiger aber ist es, daß die Rechtsgeschäfte, welche eigentlich dazu bestimmt waren, Klagen von einer dieser Klassen ausschließend hervorzubringen, durch willkührliche Handlungen in die andere Klasse der Klagen hinüber geleitet werden konnten. Dieses konnte geschehen bald durch den Willen der Parteyen, bald durch den des Prätors.

Der Wille der Parteyen konnte jedem, seiner Natur nach freyen, Rechtsgeschäft, die strenge, buchstäbliche Natur dadurch mittheilen, daß sie dasselbe in eine Stipulation, oder in gegenseitige Stipulationen, einkleideten, und zwar entweder gleich Anfangs, oder auch durch eine späterhin umwandelnde Novation. Dieses lag in der Natur der Stipulation als der allgemeinsten und unbestimmtesten Form der Verträge überhaupt, für jeden besonderen Inhalt gleich empfänglich, und daher auch für das in sie eingekleidete Geschäft ausschließend die Norm abgebend, auch wenn dieses Geschäft außerdem eine andere Klage, sey es von einer gleich strengen, oder von einer freyeren, Natur zur Folge gehabt haben würde. Wurde daher ein Darlehen in eine Stipulation eingekleidet, so entsprang daraus eine einfache verborum obligatio (a). Eben so bey

(a) *L.* 126 § 2 *de V. O.* (45. 1.). „.. quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum." *L.* 6 § 1 *L.* 7 *de novat.* (46. 2.).

einer Societät (b), einem Kauf, einem Miethcontract u. s. w., worin stipulirt worden war; hier wurde überall die b. f. actio von der strengen Stipulationsklage absorbirt, und zwar weil es die Parteyen so gewollt hatten, die ja besondere Gründe haben konnten, die strenge Klage der freyen vorzuziehen (c). Ganz besonders aber wurde zum Zweck einer solchen Umwandlung die literarum obligatio gebraucht (d).

(b) Wurde zuerst die Societät als solche schriftlich abgeschlossen, und unmittelbar nachher auf denselben Inhalt stipulirt, so war Anfangs eine consensu contracta (also b. f.) obligatio vorhanden, die gleich nachher durch eine Novation völlig absorbirt wurde. *L.* 71 *pr. pro socio* (17. 2.). „.. si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent: haec ita dari fieri spondes? futurum fuisse, ut si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur." Anders wäre es gewesen, wenn man nicht erst ein pactum conventum de societate abgeschlossen, sondern die Bedingungen der Societät gleich Anfangs in Frage und Antwort gefaßt hätte; dann war nur ein einziger Vertrag, die Stipulation, vorhanden, keine Novation. So wird die Sache ausdrücklich in Beziehung auf das Darlehen angegeben in den Stellen der Note a. — Viele Beyspiele von Schenkungen und Kaufcontracten mit der Stipulationsclausel am Schluß s. bey Spangenberg tabulae negotiorum Num. 22. 23. 26. 49. 50. 52. 52a. 54. 55. 57. — Es war nämlich auch sehr gewöhnlich, alle genauere Bestimmungen in der Gestalt einer nuda pactio abzufassen, und die bestätigende Stipulationsformel vorher oder hintenan zu stellen. *L.* 7 § 12 *de pactis* (2. 14.), Paulus II. 22 § 2, *L.* 27 *C. de pactis* (2. 3.). Man hätte eben so gut den ganzen Inhalt der Verabredung unmittelbar in die Frage aufnehmen können, wodurch nur die Rede unbehülflicher und weniger verständlich geworden wäre.

(c) Daß die Stipulation sogar dazu gebraucht wurde, publicistische Fragen vor einen Privatrichter zu bringen, ist schon oben bemerkt worden (Num. XI.).

(d) S. u. Beylage XIV. Num. IX.

XVII.

Umgekehrt konnten die Parteyen wünschen, der Stipulation, ohne welche in vielen Fällen überhaupt keine klagbare Obligation begründet werden konnte (Num. XI.), doch zugleich die Natur einer freyen Obligation und Klage mitzutheilen. Dieses geschah dadurch, daß sie eine dahin führende Bestimmung in die Worte der Stipulation selbst aufnahmen, so daß der Schuldner ausdrücklich dazu verpflichtet wurde, irgend Etwas nach Art der bona fides zu leisten. Zu diesem Zweck konnten gewiß geradezu die Worte bona fide gebraucht werden; eben so aber auch recte, fide (a); ja sogar dem bloßen Worte recte wurde diese Kraft zugeschrieben (b). Am Häufigsten aber gebrauchte man die Formel, welche als doli clausula bezeichnet wird, und also lautet: dolum abesse abfuturumque (c).

In solchen Fällen nun war die Klage als solche keine b. f. actio; sie wurde nicht von einem arbiter, sondern

(a) *L.* 122 § 1 *de V. O.* (45. 1.) „recte dari fieri fide." Vgl. Huschke de actionum formulis p. 31.

(b) *L.* 73 *de V. S.* (50. 16.). „Haec verba in stipulatione posita: *'eam rem recte restitui* fructus continent. *Recte* enim verbum pro viri boni arbitrio est." Viele Beyspiele solcher Stipulationen mit dem Wort recte sind zusammen getragen von Brissonius selectae ant. I. 9.

(c) *L.* 38 § 13, 121 pr. *L.* 22, 53, 119 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 4 § 16 *in f. de doli exc.* (44. 4.). *L.* 31 *de receptis* (3. 8.), *L.* 3 *C. eod.* (2. 56.). — Mehrere Beyspiele dieser Formel finden sich in den Urkunden bey Spangenberg s. o. Num. XVI. b.

von einem judex beurtheilt. Der judex aber war selbst durch den Buchstaben der ihm vorgelegten Stipulation angewiesen, genau so zu urtheilen, wie er als arbiter in einer b. f. actio hätte urtheilen müssen; Dieses galt nicht nur in Ansehung der Zinsen und Früchte, sondern auch eben so in Ansehung der in der formula nicht ausgedrückten Exceptionen (d).

Hieraus erklären sich zwey aus sehr verschiedenen Zeiten herrührende Gesetze, worin Klagen aus fingirten Stipulationen vorgeschrieben werden, jedoch mit Berücksichtigung der bona fides, welches bey neueren Schriftstellern unnöthigen Anstoß erregt hat. Das erste ist die Lex Galliae cisalpinae, welche, im Fall der verweigerten damni infecti repromissio oder satisdatio, Klagen aus einer fingirten Stipulation in folgenden Worten vorschreibt:

> C. 20 vers. 26. 27 „quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione Sejo dare facere oporteret *ex fide bona*"

und eben so wiederholt (für die Satisdation) in den Zei-

(d) Cujacius in L. 53 de V. O., opp. T. 1 p. 1198. Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 S. 184. 275. Huschke de actionum formulis p. 31. Dieser Letzte nimmt es nur darin zu subtil, daß er behauptet, das Object sey nun nach b. f. beurtheilt worden, die Obligation selbst nicht; zu dem Object rechnet er Mora, Culpa, Zinsen, zu der Obligation die nicht ausgedrückten Exceptionen. Allein es wird ausdrücklich gesagt, daß die doli clausula auch wirke gegen den stipulator qui dolo fecit. (Vgl. die zwey letzten Stellen in Note c). Dieses ist nun aber gerade die der bona fides eigenthümliche Gegenseitigkeit, wodurch eben die Beachtung der in der formula nicht ausgedrückten Exceptionen zulässig und nöthig wird.

len 35. 36. Es fällt allerdings auf, in der Intentio einer Stipulationsklage die Worte ex fide bona zu lesen; sie wären überflüssig gewesen, wenn der Judex den Text einer wirklich mit dieser Clausel abgeschlossenen Stipulation vor sich gehabt hätte, und sie wurden hier aus Vorsicht hinzugefügt, weil die Stipulationen, woraus geklagt werden sollte, blos fingirt waren.

Eben so setzte Justinian an die Stelle der alten actio rei uxoriae eine auf fingirter Stipulation beruhende actio ex stipulatu, lediglich um die Klage vererblich zu machen. Dieser neuen Klage theilt er ganz die Natur der alten, als einer b. f. actio, mit, und er verfährt hierin ganz im Geist des älteren Rechts, indem er offenbar eine Stipulation mit der doli clausula fingiren will, ganz wie es schon die Lex Galliae cisalpinae gethan hatte. Nur darin ist sein Ausdruck dem älteren Recht nicht gemäß, daß er die neu eingeführte Klage geradezu eine b. f. actio nennt (e). Dieser Ausdruck wäre zur Zeit des älteren Rechts erheblich gewesen, indem nun ein arbiter anstatt eines judex hätte urtheilen müssen. In Justinians Zeit war Dieses, wegen der allgemeinen extraordinaria judicia, gleichgültig, indem es nur noch auf den Erfolg der Klage und den Inhalt des Urtheils ankommen konnte.

(e) § 29 *J. de act.* (4. 6.) „ex stipulatu actio, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, *ut bonae fidei sit.*" In dem ursprünglichen Gesetz, welches im Codex steht, ist der Ausdruck vorsichtiger. *L. un.* § 2 *C. de rei ex. act.* (5. 13.) „accommodetur ei natura rei uxoriae, *et bonae fidei beneficium.*"

Derſelbe Erfolg, welchen die doli clausula einer Stipulation herbeyführte, konnte auch noch auf einem anderen Wege bewirkt werden, wenn nämlich als Inhalt der Stipulation ausgedrückt wurde die Geſammtheit der Verpflichtungen, welche bisher aus einem b. f. contractus entſprungen waren, z. B. wenn ein Verpächter von dem Pächter ſtipulirte: quidquid te mihi dare facere oportet (f). Denn durch dieſe Faſſung wurde gerade derjenige Inhalt in die Stipulation gelegt, den außerdem die locati actio gehabt haben würde.

XVIII.

Es geſchah aber nicht blos durch den Willen der Parteyen, daß freye Klagen in ſtrenge verwandelt wurden, ſondern auch der Prätor pflegte nicht ſelten eine ſolche Verwandlung zu bewirken. Wo er es jedoch aus eigenem Antriebe that, da lag nicht ſowohl die Abſicht zum Grunde, die ſtrenge Prozeßart der freyen vorzuziehen, als vielmehr beſtimmte Strafen vertragsmäßig herbeyzuführen, wozu die Stipulation die einzige Form darbot (Num. XI.).

Die actio constitutae pecuniae war vom Prätor neu eingeführt, alſo ein arbitrium; um aber ihre Wirkung zu verſtärken, zwang der Prätor den Beklagten zu einer Stipulation, worin er dem Kläger eine Succumbenzſtrafe

(f) *L.* 89 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 1 § 4 *quar. rer. actio* (44. 5.), *L.* 27 *de novat.* (46. 2.).

von Fünfzig Prozenten der eingeklagten Summe versprach (a).

Die prohibitorischen Interdicte (wie uti possidetis) waren prätorische Klagen; mit ihnen aber wurden stets erzwungene Strafstipulationen verbunden (b). In der Regel verhielt es sich eben so mit den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten; nur konnte hier sowohl der Kläger, als der Beklagte, diesen Zustand dadurch ändern, daß er eine arbitraria formula verlangte (c).

Bey dem Streit über Eigenthum stand es wohl in der Wahl des Klägers, ob die strenge Sponsionsklage, oder die freye petitoria formula angewendet werden sollte (Num. IX.). Der einzige Zweck dieser Wahl bestand, wie es scheint, gerade in der erwähnten Verschiedenheit des Verfahrens. Zwar war die Sponsion auf eine Geldsumme gerichtet, aber nur zum Schein, da das Geld gar nicht eingefordert wurde; ohnehin war die Summe so klein, daß sie schon deshalb nicht als ein ernstlicher Zweck gedacht seyn konnte (d).

XIX.

Umgekehrt kam es auch sehr oft vor, daß durch den

(a) Gajus IV. § 171.

(b) Gajus IV. § 141.

(c) Gajus IV. § 141. 162—165. Es ist hier meist nur von dem Beklagten die Rede, weil es etwas Besonderes war, daß dieser dem Antrag des Klägers auf Sponsion ausweichen konnte. Der Kläger hatte, wie sich von selbst verstand, die Wahl zwischen beiderley Anträgen gleich Anfangs in seiner Macht.

(d) Gajus IV. § 93. 94.

Willen des Prätors solche Klagen, die an sich str. j. actiones waren, die Natur von freyen Klagen mitgetheilt bekamen, ja es läßt sich wohl annehmen, daß dieses überall geschah, wo vom Prätor eine Stipulation erzwungen wurde, die nicht gerade auf eine Strafe gerichtet war (XVIII.). Die Rechtsform, wodurch diese Modification bewirkt wurde, war dann dieselbe, wie wenn der Wille der Parteyen eine solche Veränderung herbeyführte (XVII.). Es wurde nämlich in die erzwungene Stipulation die doli clausula aufgenommen, wodurch der str. j. actio, die nun allerdings (vor einem judex) eintreten mußte, derselbe Erfolg gesichert war, der bey einer b. f. actio (vor einem arbiter) eingetreten seyn würde.

Ich will hier die Fälle erzwungener Stipulationen zusammen stellen, von welchen wir bestimmt wissen, daß sie die doli clausula in sich schlossen.

Die Stipulation von Bürgen, wodurch jeder Fructuar dem Eigenthümer Sicherheit bestellen muß (a).

Die Bürgschaft, wodurch die Wirkung einer operis novi nunciatio abgewendet wird (b).

Die Stipulationen wegen damnum infectum (c).

(a) *L.* 5 *pr. usufr. quemadm. cav.* (7. 9.).

(b) *L.* 21 § 2 *de op. novi nunc.* (39. 1.).

(c) Hier haben wir kein so wörtliches Zeugniß, wie für die übrigen Fälle, allein die in *L.* 28 *L.* 40 *pr. de damno inf.* (39. 2.) anerkannte freye Beurtheilung läßt keinen Zweifel, daß auch da die doli clausula eingerückt zu werden pflegte. Huschke de actionum formulis p. 31. — Es war hier übrigens bald eine bloße repromissio, bald eine satisdatio.

Verschiedene Bürgschaften in Beziehung auf Legate (d).

Die prozessualische Bürgschaft judicatum solvi (e); desgleichen ratam rem haberi (f).

Außerdem aber, und was noch wichtiger war, kamen vielleicht solche Stipulationen mit doli clausula bey jeder Litiscontestation vor, solange der ordo judiciorum bestand, so daß nur durch dessen Untergang zugleich die Nachricht von jenen Stipulationen aus unsren Rechtsquellen verschwunden seyn möchte. Dadurch allein läßt sich auf ungezwungene Weise die schon oben mitgetheilte Thatsache erklären, daß für jede stricti juris obligatio, von der Zeit der Litiscontestation an, ähnliche Wirkungen eintraten, wie sie außerdem nur bey den bonae fidei contractus wahrgenommen werden, so daß von dieser Zeit an die omnis causa geleistet werden mußte (Num. III. d. e.).

Endlich auch, von allen diesen Modificationen abgesehen, brachte der Prätor in jedem einzelnen Fall schon dadurch die strengen Klagen den freyen näher, daß er eine doli exceptio gab, so oft sich dazu hinreichende Veranlassung darbot. Denn die Beachtung der etwa vorhandenen Exceptionen war nur insofern ein eigenthümlicher Vorzug der b. f. actiones, als der Richter aus eigener Macht bey ihnen darauf Rücksicht nehmen sollte; der Prä-

(d) *L.* 1 *pr.* § 3 *si cui plus* (35. 3.), *L.* 1 *pr. ut legat.* (36. 3.). (Eine Folge aus dieser Natur der Stipulation im § 13 eod.).

(e) *L.* 17 — 19 *judic. solvi* (46. 7.), *L.* 45 *de her. pet.* (5. 3.).

(f) *L.* 22 § 7 *ratam rem* (46. 8.).

tor aber war an dieſen Unterſchied auf keine Weiſe gebunden (Num. V.).

XX.

Faſſen wir die hier dargeſtellten Übergänge, welche zwiſchen beiden Klaſſen von Klagen wahrgenommen werden (Num. XVI—XIX.) zuſammen, ſo erſcheint darin das Beſtreben, den ſtrengen Klagen eine freyere Natur mitzutheilen, vorherrſchend vor dem entgegengeſetzten Verfahren. Wir dürfen alſo wohl annehmen, daß man die Eigenthümlichkeit der stricti juris actiones nicht etwa als das an ſich Beſſere, Wünſchenswerthe anſah, ſondern nur als die aus der älteren Zeit als vorherrſchend betrachtete Regel, von deren Feſſeln man ſich allmälig frey zu machen ſuchte. Es geſchah aber Dieſes auf dieſelbe Weiſe, die wir auch in der Entwicklung anderer Inſtitute des Römiſchen Rechts wahrnehmen; nicht plötzlich, vermittelſt eines durchgreifenden Acts der Geſetzgebung, ſondern durch eine Nachhülfe in einzelnen Fällen, die ſich der älteren Rechtsform ungezwungen und fortbildend anſchloß, ſo daß die ſtrengere und freyere Form lange Zeit neben einander beſtanden, und auch der individuellen Willkühr ein weiter Spielraum hierin gelaſſen wurde.

Beylage XIV.

Die Condictionen.

(Zu § 218—220.)

I.

Schon oben ist die Behauptung aufgestellt worden, der Ausdruck condictio sey völlig gleichbedeutend mit stricti juris actio, und hierin eben liege der Grund, weshalb dieser letzte Ausdruck so selten in unsren Rechtsquellen gebraucht werde (a). Der Sinn dieser Behauptung wird nun durch die in der vorhergehenden Beylage geführte Untersuchung näher dahin bestimmt, daß unter condictio zu verstehen ist die persönliche Civilklage aus einem Rechtsgeschäft, insofern diese Klage zugleich strenger Natur, das heißt nicht durch den Zusatz ex fide bona in das freyere Ermessen des Juder gestellt war. Durch diese Bestimmungen sind demnach von dem Gebiet der Condictionen ausgeschlossen: alle honorariae actiones, alle Klagen in rem, alle Delictsklagen, alle b. f. actiones.

Ein unmittelbares Zeugniß für die völlig gleiche Bedeutung beider Kunstausdrücke läßt sich hier noch nicht

(a) Beylage XIII. Num. 1.

angeben, da die Stellen des Gajus, die allerdings als Zeugnisse dafür gelten können, erst noch mancher Vorbereitung bedürfen, um völlig verstanden zu werden. An dieser Stelle kann ich mich nur erst darauf berufen, daß in der That alle bekannte Condictionen stricti juris sind, und daß die so eben von dem Gebiet der Condictionen ausgeschlossenen Klagen auch in der That den Namen condictio nicht führen (b). Allerdings wäre es denkbar, daß der Ausdruck condictio in zufälliger Abwechslung mit actio, und ohne feste Gränze nach dieser Seite hin, gebraucht würde. So ist es jedoch nicht, vielmehr wird der Ausdruck außer dem angegebenen Gebiet sorgfältig vermieden, ja, was ganz entscheidend ist, es wird in einzelnen Fällen genau untersucht, ob die Klage ex empto (welche bekanntlich bonae fidei ist), oder vielmehr die condictio gelte? Die Entscheidung fällt dahin aus, daß beide Klagen völlig begründet seyen, daß also der Kläger zwischen beiden die Wahl habe (c). Die Frage sowohl, als die Entscheidung,

(b) Man könnte gegen diese letzte Behauptung einwenden: 1) Aus Delicten entstehe die condictio furtiva und zuweilen eine condictio ex L. Aquilia (*L.* 9 § 1 *de R. C.* 12. 1.). Es wird aber unten gezeigt werden, daß diese Klagen nicht aus Delicten, sondern aus contractsähnlichen Rechtsgeschäften entstehen. 2) *L.* 19 § 2 *de prec.* (43. 26.) „*incerti condictione*, id est praescriptis verbis," da nämlich die zuletzt genannte Klage bonae fidei ist; allein in dieser Stelle muß nach Handschriften gelesen werden: *incerta actione.* Vgl. System § 217 o.

(c) *L.* 11 § 6 *de act. emti* (19. 1.) „. . qua actione agendum est? utrum *condicatur*, quasi ob causam datus sit, et causa finita sit: an vero *ex empto agendum* sit? Et Julianus diceret, *ex empto agi* posse: certe *etiam condici* poterit, quia jam sine causa apud venditorem est anulus."

setzt einen scharfen Gegensatz zwischen beiden so bezeichneten Arten der Klagen voraus, und zwar einen solchen Gegensatz, woran sich ein practisches Interesse geknüpft haben muß, da über den leeren Namen schwerlich ein ernster Streit geführt worden wäre.

Es ist kaum glaublich, und zeugt von der höchsten Unklarheit, die in dieser Lehre herrscht, daß gerade umgekehrt von namhaften Schriftstellern behauptet worden ist, alle Condictionen seyen b. f. actiones (d); eine besondere Widerlegung dieser Behauptung ist nicht zu verlangen, es ist nur dafür zu sorgen, daß die Möglichkeit derselben Jedem, der die gegenwärtige Untersuchung bis zu Ende verfolgt, unbegreiflich erscheine.

II.

Obgleich nun also die Condictionen auf ein genau begränztes Gebiet eingeschränkt waren, so standen sie doch, als einzelne Art, unter der allgemeinen Gattung der actiones. Dieses zeigt sich in folgenden Varietäten ihrer Bezeichnung:

Actio quae vocatur condictio. *pr. J. quib. mod. re* (3. 14.). Actio condictionis *L.* 1 *C. de cond. ind.* (4. 5.) *L.* 2 *C. de cond. ob causam dat.* (4. 6.) Condictitia actio. *L.* 24 *de R. C.* (12. 1.), § 1 *J. quib. m. re* (3. 14.) *L.* 7 *de cond. causa data* (12. 4.), *L.* 3 *C.*

(d) Glück B. 13 S. 8 und § 835. Dieser Irrthum hängt mit einem anderen zusammen, der weiter unten erwähnt werden wird. Num. III. e.

de don. quae sub mod. (8. 55.) Condictitia § 24 *J. de act.* (4. 6.) *L.* 55 *de don. int. vir.* (24. 1.). *L.* 13 § 2 *de jurej.* (12. 2.).

Ja sogar wird zuweilen in den Fällen unstreitiger Condictionen der bloße Name actio, ohne den Zusatz condictio, gebraucht (a). Dieses geschieht jedoch nur da, wo die Condictionennatur ohnehin so unzweifelhaft ist, daß die genauere Bezeichnung als überflüssig erscheint; dagegen wird diese gewiß nie fehlen, wo es auf die Unterscheidung einer Condiction von einer Klage anderer Art ankommt (b).

Die eben behauptete gleiche Bedeutung der Ausdrücke condictio und stricti juris actio ist jedoch nur wahr für den seit der Einführung des ordo judiciorum, oder des Formularprozesses, herrschenden Sprachgebrauch. Zur Zeit der alten Legis actiones hatte der Ausdruck eine engere Bedeutung, indem er nur von zwey einzelnen Klagen gebraucht wurde (c). Es wird jedoch unten gezeigt werden, in welchem historischen Zusammenhang auch diese ältere Bedeutung mit der in unsren Rechtsquellen herrschenden neueren gedacht werden muß; diese letzte übrigens ist allein der Gegenstand der hier aufzustellenden Untersuchung.

(a) Actio pecuniae creditae. *L.* 70 *de proc.* (3. 3.), *L.* 12 § 1 *de distr.* (20. 5.). — Actio certae creditae pecuniae. Gajus IV. § 13.

(b) Es erscheint also hier eine ähnliche Zweydeutigkeit wie bey dem Ausdruck judex, welcher bald den strengen Gegensatz gegen arbiter bezeichnet, bald den Gattungsbegriff, unter welchem diese beide Arten gemeinschaftlich enthalten sind. Vgl. System § 218.

(c) Gajus IV. § 18—20.

III.

In der Lehre von den Condictionen sind nunmehr Zwey gleich wichtige und schwierige Fragen zu beantworten: Erstlich, welche Rechtsgeschäfte sind dazu geeignet, Condictionen (strieti juris actiones) hervorzubringen, oder: welches sind die Bedingungen zulässiger Condictionen? Zweytens, welche verschiedene Arten der Condictionen kommen vor, und wie unterscheiden sich dieselben durch eigenthümliche Wirkungen?

Bey der ersten Frage, nach den Bedingungen der Condictionen, muß vor Allem an Dasjenige erinnert werden, was darüber schon vorläufig, bey der Untersuchung der b. f. actiones, bemerkt worden ist (a). Diese letzten werden uns in einer langen Reihe einzelner Fälle aufgezählt, ohne Zurückführung auf ein Princip; von den Fällen, worin die str. j. actiones gelten sollen, wird daneben gar Nichts gesagt. Dürfen wir nun mit Wahrscheinlichkeit annehmen, daß diese verschiedene Behandlung nicht auf gedankenloser Willkühr, sondern auf inneren Gründen, beruht, so läßt sich aus dieser unmittelbaren Wahrnehmung schließen, daß die Fälle, worin die Condictionen gelten sollen, aus einem einfachen, gemeinschaftlichen Princip abzuleiten sind, welches nur stillschweigend vorausgesetzt, nicht ausgesprochen wird.

(a) Beylage XIII. Num. XI. XII.

Neuere Schriftsteller haben ein solches Princip aufgestellt, das sich auf den ersten Blick dadurch empfiehlt, daß es zugleich auf beide Arten der Klagen anwendbar seyn würde (b). Sie setzen das Wesen des Unterschieds in die Einseitigkeit und Gegenseitigkeit der Rechtsgeschäfte, so daß die einseitigen stricti juris, die gegenseitigen bonae fidei seyn sollen. Allein wenn wir auf die natürlichen, ungekünstelten Ansichten und Erwartungen der Parteyen sehen, so ist das Darlehen nicht einseitiger, als das Commodat und das Depositum (c). Jedes dieser drey Rechtsgeschäfte fängt damit an, daß Einer Etwas hingiebt, und endigt damit, daß der Andere Etwas zurück geben soll und darauf verklagt werden kann, wenn er es nicht freywillig thut; diesen Zusammenhang denken sich die Parteyen ganz deutlich. Außerdem aber kann allerdings bey den

(b) So unter andern Gans Obligationenrecht S. 15—18, wo jedoch dieses Princip noch mit anderen gemischt erscheint.

(c) Die Zweydeutigkeit der Ausdrücke verbirgt und erhält hier die Unklarheit der Begriffe. Man kann nämlich die Ausdrücke beziehen: 1) Auf die materiellen Zwecke und Folgen, den einseitigen und gegenseitigen Vortheil, der bezweckt wird. In dieser Hinsicht ist (mit sehr seltnen Ausnahmen) das Commodat einseitig zum Vortheil des Empfängers, das Depositum einseitig zum Vortheil des Gebers, der Kauf, der Miethcontract, die Societät, der Tauschvertrag, gegenseitig, das Darlehen bald einseitig, bald gegenseitig, je nachdem es verzinslich ist oder nicht. Hierin also kann gewiß nicht das Unterscheidende der b. f. contractus liegen. 2) Auf die juristischen Folgen der Rechtsgeschäfte d. h. die daraus entspringenden Klagen; davon allein kann hier die Rede seyn. — Wenn man auf das Wesen der Rechtsgeschäfte sieht, so muß man eine sehr eigenthümliche Klasse in denjenigen erkennen, die einen tauschartigen Character haben, d. h. worin Jeder Etwas leistet, um gegenseitig Etwas zu empfangen, wie in dem Kauf; allein die Gränze dieser Geschäfte fällt mit der Gränze der b. f. contractus keinesweges zusammen.

Zwey letzten Geschäften auch noch eine contraria actio eintreten, bey dem ersten nicht (d); an diesen seltenen Erfolg werden die Parteyen, wenn sie nicht gerade Juristen sind, schwerlich denken, er hängt von zufälligen, dem Geschäft selbst ganz fremden Umständen ab, und es erklärt sich also diese Verschiedenheit der Behandlung durchaus nicht aus den gewöhnlichen und wahrscheinlichen Absichten der Parteyen, sondern aus derselben freyen Behandlung der b. f. contractus, wodurch auch der arbiter berechtigt wird, auf die in der formula nicht ausgedrückten Exceptionen Rücksicht zu nehmen. So allein ist die Gegenseitigkeit in den b. f. contractus zu verstehen; wollte man also in ihr den Grund und die Gränze der b. f. actiones suchen, so würde sich dieser Gedanke auch in folgender Formel ausdrücken lassen: die freye Beurtheilung eines Rechtsgeschäfts (wovon die Gegenseitigkeit nur ein einzelnes Stück

(d) Man darf nicht glauben, die contraria actio sey an sich bey dem Darlehen nicht denkbar. Bey dem Commodat und Depositum freylich bezieht sie sich auf Auslagen für die zurück zu gebende individuelle Sache, wovon bey dem Darlehen nicht die Rede seyn kann. Wenn aber eine Summe Geldes als Darlehen gegeben wird, so können darunter erstlich falsche Geldstücke seyn, zweytens gute, aber fremde, die nur mit Verlust in gangbares Geld umgesetzt werden können. Der Empfänger braucht hier nur gleichartige Stücke zurück zu geben, und er wird in dem angeführten Fall am Sichersten gehen, wenn er die falschen oder fremden Geldstücke in specie zurück giebt, aber eine contraria actio hat er in keinem Fall, die sich doch, wenn er das Geld mit Verlust verwechselte, wohl denken ließe. Liegt freylich ein Betrug zum Grunde, so kann er die doli actio haben, allein diese Delictsklage hat mit dem Rechtsgeschäft keinen inneren Zusammenhang.

ist) tritt ein bey denjenigen Rechtsgeschäften, bey welchen eine freye Beurtheilung eintritt.

Es ist auch noch ein anderer Versuch gemacht worden, die Unterscheidung der Condictionen von den b. f. actiones auf ein Princip zurück zu führen, der aber weit weniger Schein für sich hat, als der eben erwähnte. Bonae fidei sollen alle Klagen seyn, deren Grund schon auf der natürlichen Billigkeit (dem jus gentium) beruht, stricti juris die, welche durch willkührliche Vorschriften des positiven Rechts eingeführt sind (e); diese Behauptung muß bey ernstlicher Betrachtung sogleich verworfen werden. Nichts ist mehr in der natürlichen Billigkeit gegründet, als daß das geliehene Geld von dem Schuldner zurückgezahlt werde (f), und doch ist die Darlehnsklage sehr gewiß stricti juris. Selbst aus dem nudum pactum entsteht eine Verpflichtung nach jus gentium (g), und es ist nicht einzusehen, warum diese durch die Hinzufügung der Stipulationsform verhindert oder geschwächt werden sollte; dennoch ist die Stipulationsklage stricti juris. Ja wir würden, bey genauer Erwägung, kaum andere str. j. Klagen nach dieser Lehre übrig behalten, als die Klagen auf Geldstrafen; und gerade diese führen wenigstens den Namen stricti juris actiones oder condictiones niemals.

(e) Glück B. 13 S. 8.

(f) Gajus III. § 132. Eben so wird für die condictio sine causa u. s. w. die Entstehung aus dem jus gentium ausdrücklich anerkannt. *L.* 25 *de act. rer. amot.* (25. 2.).

(g) *L.* 84 § 1 *de R. J.* (50. 17.), *L.* 5 § 2 *de solut.* (46. 3.), *L.* 7 § 4 *de pactis* (2. 14.).

IV.

Betrachten wir die Fälle, in welchen Condictionen unzweifelhaft anwendbar sind, so erscheinen uns diese auf den ersten Blick höchst mannichfaltig; dennoch lassen sich dieselben auf ein sehr einfaches Princip zurück führen, welches sich durch bloße organische Bildungskraft zu jener Mannichfaltigkeit entfaltet hat, fast ohne Eingriff der Gesetzgebung. Es finden sich nur sehr wenige, aus dem Princip nicht abzuleitende, also ganz positive Zusätze; diese aber sind nicht nur so unbedeutend, sondern auch als bloße Ausnahmen so bestimmt und deutlich in unsren Rechtsquellen anerkannt, daß sie die Wahrheit des Princips vielmehr bestätigen, als zweifelhaft machen.

Um jenes Princip zu finden, gehe ich von der Zergliederung eines einzelnen Rechtsgeschäfts aus, woraus sicherlich eine Condiction entspringt, nämlich des Darlehens, welches ich daher als Ausgangspunkt der ganzen Untersuchung behandeln will. Ich muß erwarten, daß dieses Verfahren als einseitig und willkührlich getadelt werden möge; dieser Vorwurf wird durch die Wahrnehmung widerlegt, daß unsre Rechtsquellen genau denselben Weg einschlagen, indem auch sie das Darlehen an die Spitze der gesammten Lehre von den Condictionen stellen.

In den Digesten ist der erste Titel des zwölften Buchs überschrieben: de rebus creditis, si certum petetur, et de

condictione (a). Schon aus dieser Überschrift erhellt die innige Verbindung der Condictionen im Allgemeinen mit dem besonderen Vertrag des Darlehens. Beynahe der ganze Titel handelt von dem Darlehen, und zwar (mit geringen Ausnahmen) von dem Gelddarlehen. Dazwischen aber stehen einige Stellen, welche die allgemeine Natur der Condictionen zum Gegenstand haben. An diesen einleitenden Titel schließt sich in zwey Büchern die ganze Lehre von den Condictionen an.

Eben so ist im Coder der zweyte Titel des vierten Buchs der Anfang der gesammten Condictionenlehre. Die Überschrift lautet: Si certum petatur, und der ganze Titel enthält nur Constitutionen über das Gelddarlehen.

Indem ich also das Darlehen als die Grundlage der Condictionen ansehe, und aus ihm das Wesen derselben zu erkennen suche, schließe ich mich ganz an das Verfahren an, welches in den Quellen des Römischen Rechts unmittelbar wahrzunehmen ist.

V.

Untersuchen wir nun, was wirklich vorgeht, wenn Geld als Darlehen gegeben wird. Als Wesen dieses Geschäfts wird durch den Namen pecunia *credita* ein besonderer

(a) Die Varianten sind bey dieser Rubrik nicht von Erheblichkeit, wenigstens nicht für die hier vorliegende Frage. Das Dig. vetus ed. Jenson s. a. und ed. Koberger 1482 lesen *petatur* et de *certi* condictione. Ed. Ven. 1484 liest *petatur* ohne certi.

(b) *L.* 9 *L.* 24 *de reb. cred.* (12. 1.).

Grad des Glaubens oder Vertrauens bezeichnet, woher auch der Geber den Namen creditor erhalten hat (a); ja die Natürlichkeit dieser Ansicht bewährt sich darin, daß auch in unsrer Sprache der Name Glaubiger allgemein anerkannt worden ist, und zwar im gemeinen Leben nicht weniger als unter den Juristen. Daher fängt auch der oben angeführte Digestentitel sehr characteristisch mit einer Untersuchung über die Bedeutung des Worts credere an, dessen Wesen darin gesetzt wird, daß wir uns der Zuverlässigkeit eines Andern anvertrauen (b). Was ist nun der eigentliche Inhalt dieses Vertrauens?

Vertrauen im Allgemeinen liegt bey allen Geschäften des täglichen Verkehrs zum Grunde; da aber hier so vor-

(a) Die ursprüngliche Bedeutung von creditor und creditum geht auf die aus einem Gelddarlehen entstandene Forderung; von da ist der Ausdruck auf den abstracten Begriff der Forderungen überhaupt, wofür man keinen andern Namen hatte, übertragen worden, und dieser ausgedehnte Sprachgebrauch ist dann der vorherrschende geworden. *L.* 10 *de V. S.* (50. 16.) „.. Sed *et si non sit mutua pecunia*, sed contractus, creditores accipiuntur." *L.* 11 *eod.* Creditorum appellatione *non hi tantum* accipiuntur, *qui pecuniam crediderunt*: sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur." *L.* 12. *pr. eod.* Die Gegensätze weisen sichtbar darauf hin, daß die ausschließende Beziehung des Ausdrucks auf das Gelddarlehen die eigentliche, ursprüngliche war, und daß man nur durch das Bedürfniß dahin geführt wurde, die weitere Bedeutung anzunehmen, und diese nun als die regelmäßige zu behandeln. — Eben so in *L.* 5 § 3 *de O. et A* (44. 7.), s. u. Num. VII. b. — Derselbe Gedanke, nur in anderer Art ausgedrückt, liegt zum Grunde in *L.* 20 *de jud.* (5. 1.) „Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est ... *quamvis non ex crediti causa debeatur.*"

(b) *L.* 1 *de reb. crcd.* (12. 1.) „.. credendi generalis appellatio est ... nam cuicumque rei adsentiamur, *alienam fidem secuti*, mox *recepturi* quid ex hoc contractu, credere dicimur."

zügliches Gewicht auf das Vertrauen gelegt wird, so muß wohl ein Vertrauen von besonderer Art gemeynt seyn; dessen Natur nun wird durch folgende Betrachtung klar werden.

Wird eine Geldsumme in versiegeltem Beutel in fremde Verwahrung gegeben, so vertraut der Eigenthümer der Redlichkeit des Andern; Diese aber vorausgesetzt, kann ihm das Schicksal des Vermögens des Empfängers gleichgültig seyn. Denn wenngleich Derselbe verarmt, wird noch immer der versiegelte Beutel bey ihm gefunden, und durch Vindication dem Eigenthümer gerettet werden. Nicht so, wenn dieselbe Geldsumme als Darlehen gegeben war; denn wenn nun der redliche Empfänger insolvent wird, so ist das Geld für den Geber verloren. Die höhere Gefahr also, der sich der Geber bey dem Darlehen unterwirft, unabhängig von der redlichen Gesinnung des Empfängers, gründet sich darauf, daß der Geber das Eigenthum des Geldes veräußert, also den in der Vindication enthaltenen Schutz aufgegeben hat.

Daß in der That diese Veränderung Grund und Bedingung der condictio ist, läßt sich durch folgende Anwendungen außer Zweifel setzen. Da wo dem Empfänger kein Eigenthum des Geldes verschafft wird, entsteht auch keine condictio (c). Ist der Übergang des Eigenthums

(c) *L.* 2 § 2 *de R. C.* (12. 1.). — Damit hängt auch der Ausdruck aes alienum zusammen. *L.* 213 § 1 *de V. S.* (50. 16.). „Aes alienum est, quod nos aliis debemus;" nämlich das Geld, welches aus fremdem Vermögen in unser Eigenthum

durch den Willen des Gebers auf einen späteren Zeitpunkt als den der Tradition verschoben, so entsteht auch die condictio erst in dieser späteren Zeit (d). Wird der Anfangs fehlende Erwerb des Eigenthums durch die spätere Consumtion des Geldes ergänzt, so entsteht in demselben Augenblick auch die condictio (e). Überall also erscheint die condictio als der Ersatz, der anstatt der verlornen Vindication eintritt (f), und dasselbe ausschließende, alternative Verhältniß zwischen diesen beiden Klagen findet sich auch in anderen Rechtsverhältnissen, außer dem Darlehen, wieder (g).

Dieser Zusammenhang der Rechtsverhältnisse wird noch bestätigt durch die Ausdrücke in der formula. Bey dem Darlehen lautet die Intentio auf *dare* oportere, das heißt Übertragung des Eigenthums; so lange aber der Geber aus irgend einem Grunde das Eigenthum noch nicht verloren hat, ist es unmöglich, ihm Dieses zu verschaffen, weshalb er in dieser Lage auch nicht auf dare oportere klagen, das heißt keine Condiction haben kann (h). Es ist

gekommen ist, und wieder einmal in des Gebers Eigenthum zurück kehren soll.

(d) *L.* 8 *L.* 9 § 9 *de R. C.* (12. 1.).

(e) *L.* 13 *pr.* § 1 *de R. C.* (12. 1.), *L.* 29 *de cond. ind.* (12. 6.), § 2 *J. quib. alien.* (2. 8.).

(f) *L.* 11 § 2 *de R. C.* (12. 1.). *L.* 29 *de cond. ind.* (12. 6.), § 2 *J. quib. alien.* (2. 8.).

(g) *L.* 22 § 2 *de pign. act.* (13. 7.), *L.* 15 *de cond. causa data* (12. 4.), *L.* 3 *C. de cond. ex lege*, (4. 9.), *L.* 5 § 18 *de don. int. vir.* (24. 1.).

(h) Gajus IV. § 4, § 14 *J. de act.* (4. 6.). In Justinians Institutionen ist freylich diese Bemerkung sehr unpassend, die blos für die längst verschwundene formularum conceptio Sinn hatte. — Von

derselbe Grund, welcher die Stipulation in der Formel dare mihi spondes? unmöglich machte, wenn der Glaubiger das Eigenthum der versprochnen Sache bereits hatte (i).

Der Anschaulichkeit wegen ist bisher blos von dem Gelddarlehen gesprochen worden; alles hier Gesagte gilt aber eben so von dem Darlehen in anderen verbrauchbaren Sachen, wie Weizen, Wein, Oel u. s. w. Die Fälle sind nur weit seltener und für den Verkehr unbedeutender, und kommen daher auch in unsren Rechtsquellen nicht häufig vor; wo ein praktisches Bedürfniß auf solche Geschäfte führen könnte, wird dasselbe weit häufiger durch Kauf (etwa durch Gelddarlehen vermittelt), als durch Darlehen in Sachen solcher Art befriedigt werden. Bey den Rö-

der Ausnahme bey der condictio furtiva wird weiter unten die Rede seyn.

(i) Gajus III. § 99, § 2 *J. de inut. stip.* (3. 19.), *L.* 1 § 10 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 82 *pr. de V. O.* (45. 1.). Dieses hängt damit zusammen, daß im streng juristischen Sinn, namentlich bey Stipulationen und in der Intentio einer Klage, der Ausdruck *rem* dare die unmittelbare Übertragung des Römischen Eigenthums bezeichnet, welche bey einer dem Stipulator schon gehörenden Sache nicht möglich ist. *L.* 75 § 10 *de V. S.* (50. 16.), *L.* 167. *pr. de R. J.* (50. 17.). Eben so bezeichnet auch *usumfructum* und *servitutem* dare die vollständige Errichtung der Servitut durch in jure cessio. *L.* 19 *de S. P. R.* (8. 3.), *L.* 126 § 1, *L.* 136 § 1 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 3 *pr. de O. et A.* (44. 7.). Neben diesem technischen Sinn des Worts besteht, hier wie in vielen anderen Fällen, ein vulgärer Sprachgebrauch (juris verba und factum in *L.* 38 § 6 *de V. O.* 45. 1.), nach welchem dare ein jedes Verschaffen bezeichnet. So kommt sehr oft *operas* dare vor, selbst in Stipulationen. (Marezoll in Linde's Zeitschrift X. 250.). In diesem freyen Sinn wurde in einem Testament das dare usumfructum an einem Provinzialgrundstück ausgelegt, wobey nun die Verpflichtung des Erben auf Übergabe der Sache gieng. *L.* 3 *pr. de usufr.* (7. 1.).

mern war übrigens auch die juriſtiſche Behandlung verſchieden, welches aber erſt weiter unten klar gemacht werden kann.

Es muß aber gleich hier ein möglicher Einwurf entfernt werden. Mit dem Darlehen kommt die fiducia darin überein, daß dem Andern Eigenthum anvertraut wird, welches er künftig wieder geben ſoll (k). Nach der hier aufgeſtellten Lehre alſo müßte aus der fiducia eine Condiction entſpringen, und dennoch entſpringt daraus eine bonae fidei actio (Beyl. XIII. Num. XII.). Es läßt ſich dieſem Einwurf auf folgende Weiſe begegnen; die fiducia muß zwey Klagen, zur freyen Wahl des Klägers, erzeugt haben; eine Condiction, nach dem hier aufgeſtellten Princip: eine b. f. actio, die dann zugleich arbitraria war, weil dieſe das einzige Mittel darbot, dem Kläger die Naturalreſtitution zu verſchaffen (§ 221), worauf er doch, wenn er ſie vorzog, den natürlichſten und billigſten Anſpruch hatte. Es iſt ein ähnlicher Fall wie bey einer Ehefrau, welche die von ihr ſelbſt gegebene Dos zurückfordert; auch Dieſe hat die Wahl zwiſchen einer Condiction (l), und der actio rei uxoriae, welche bonae fidei iſt.

(k) Gajus II. § 59. 60.

(l) *L.* 67 *de j. dot* (23. 3.). Eben ſo hat auch jeder fremde Geber einer Dos die Condiction, wenn er durch Pactum die ſonſt als regelmäßig anzunehmende Schenkung an die Frau ausſchließt. *L.* 43 § 1 *eod.*, *L.* 10 *C. de pactis* (2. 3.), *L.* 1 *C. de pactis conv.* (5. 14.).

VI.

In unmittelbarer Entwicklung schließen sich an das Darlehen diejenigen Fälle an, worin dem Andern eine Sache ohne Übertragung des Eigenthums anvertraut worden ist, er aber das Eigenthum des Gebers eigenmächtig zerstört, und sich dadurch bereichert hat. Seine widerrechtliche Handlung bewirkt hier eine condictio, eben so wie dort das höhere Vertrauen des Gegners, da es unnatürlich wäre, wenn er durch seine Unredlichkeit in eine günstigere Lage kommen sollte, als diejenige, welche ihm das höhere Vertrauen des Gebers verschafft hätte.

In vollständigster Entwicklung ist diese Regel ausgesprochen bey dem schon oben (Num. V.) erwähnten Fall des Depositum. Wer eine Sache in Verwahrung giebt, hat zunächst noch die Vindication, weshalb er eine Condiction weder bedarf noch bekommt. Wenn aber der Empfänger das deponirte Geld ausgiebt, den deponirten Weizen aufzehrt oder verkauft, so hat er des Gebers Vindication zerstört, und nun tritt an ihre Stelle die Condiction (a).

(a) *L.* 13 § 1 *depos.* (16. 3.). „Competit etiam condictio depositae rei nomine, *sed non antequam quid dolo admissum sit:* non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, condictione obligari, *verum quod dolum malum admiserit.*" Der dolus ist hier die Handlung, wodurch der Depositar die Vindication des Gegners unmöglich macht, indem er sich selbst bereichert; er ist hier nur beyspielsweise genannt, weil eine solche Veränderung selten ohne dolus Statt finden wird, nöthig ist er nicht. Wenn ein Bankier einen versiegelten Beutel mit Geld als

Daſſelbe, nur in weniger beſtimmten Ausdrücken, wird in vielen ähnlichen Fällen anerkannt, wobey wir ohne Zweifel die nähere Beſtimmung aus der für das Depoſitum gegebenen Vorſchrift ergänzen müſſen. So heißt es, auch das Commodat und das Pfand enthalte ein credere (b), welches nichts Anderes ſagen will, als es entſpringe daraus gleichfalls eine Condiction; verſteht ſich, wenn der Empfänger die ſo gegebene Sache zerſtört hat, denn ſonſt dauert die urſprüngliche Vindication fort, wodurch die Condiction ausgeſchloſſen wird.

Eben ſo ſoll eine Condiction entſtehen können bey Gelegenheit eines Mandats, einer Societät und ähnlicher Geſchäfte, ſo wie auch einer Tutel (c); wobey immer wie-

Depoſitum erhält, dieſer Beutel aber aus Verſehen erbrochen und das Geld in die eigne Kaſſe geworfen wird, ſo entſteht gewiß eine condictio, und doch iſt hier kein dolus vorhanden. Es iſt daher irrig, wenn Manche dieſe condictio ſtets für furtiva halten wollen. — Eben ſo iſt in *L.* 33 *eod.* nur von einer Vindication die Rede, nicht von einer Condiction, weil die Sache noch vorhanden iſt. — *L.* 24 § 2 *de reb. auct. jud.* (42. 5.) „aliud est enim *credere*, aliud *deponere*;" das heißt, das deponere iſt zunächſt, und an ſich ſelbſt, kein credere, folglich nicht Grund einer Condiction; es kann aber dazu werden, theils durch die in der angeführten Stelle enthaltenen beſonderen Umſtände der Übereinkunft, theils in allen Fällen durch die unredliche Handlung des Depoſitars. — Dieſelbe ſcharfe Entgegenſetzung des credere und deponere findet ſich auch in *L.* 4 *de R. C.* (12. 1.).

(b) *L.* 1 *de R. C.* (12. 1.). „ .. ideo sub hoc titulo Praetor et de commodato, et de pignore edixit." *L.* 4 § 1 *eod.* „Res pignori data, pecunia soluta condici potest .." nämlich wenn die allgemeine Bedingung der Condiction vorhanden iſt, ſo daß alſo die Stelle aus der beſtimmteren über das Depoſitum (Note a) ergänzt werden muß (vgl. unten Num. XX. c).

(c) *L.* 28 § 4 *de jurejur.* (12. 2.). „ .. forte si actionem

der hinzu gedacht werden muß, daß der Andere das Geld oder die Waaren, welche ihm aus ſolchen Veranlaſſungen anvertraut wurden, veruntreut, alſo eigenmächtig und wider des Glaubigers Willen aus Deſſen Eigenthum gebracht hat (d).

Daſſelbe ſoll gelten auch bey der negotiorum gestio (Note c); dieſer Fall unterſcheidet ſich von den vorhergehenden noch dadurch, daß der vorige Eigenthümer gar Nichts anvertraut hat, nicht einmal den Beſitz, ſo daß der Geſchäftsführer Alles eigenmächtig an ſich zog, den Beſitz wie das (durch ihn zerſtörte) Eigenthum; der Grund der Condiction iſt derſelbe wie in den vorhergehenden Fällen.

Man ſieht das gewöhnlich ſo an, als habe nun der Kläger die Wahl zwiſchen mehreren auf denſelben Zweck gerichteten Klagen; für genau aber kann dieſe Auffaſſung nicht gelten. Zwar der äußere Erfolg kann zuweilen bey beiden Klagen ganz derſelbe ſeyn; oft aber wird die Condiction nur einen kleinen Theil Desjenigen verfolgen, Was

mandati, negotiorum gestorum, societatis, ceterasque similes, jusjurandum exactum sit, *deinde ex iisdem causis certum condicatur*: quia per alteram actionem altera quoque consumitur." Für das Mandat iſt die Möglichkeit der condictio anerkannt auch in *L.* 5 *de exc. rei jud.* (44. 2.). Neben der actio depositi, commodati, tutelae in *L.* 5 *de tutelae* (27. 3.). Neben der a. pro socio, mandati, neg. gestorum, tutelae, und ähnlichen b. f. actiones in *L.* 45, 46, 47 *pr. pro socio* (17. 2.). Neben der a. locati. *L.* 34 § 2 *de O. et A.* (44. 7.), *L.* 46 *pro socio* (17. 2.).

(d) Es würde alſo ganz irrig ſeyn, wenn man gegen den Mandatar oder Socius, der uns durch Nachläſſigkeit oder durch Leichtſinn und Übereilung ſchadet, eine condictio geſtatten wollte; hier gilt blos die Contractsklage.

mit der b. f. actio eingeklagt werden kann, und in jedem Fall ist der Entstehungsgrund beider Obligationen völlig verschieden (vgl. § 232.).

VII.

Eine fernere Stufe der Entwicklung des Rechtssatzes findet sich in den zahlreichen Fällen, worin wir dem Andern Eigenthum übertragen, nicht in der Absicht ihm Etwas anzuvertrauen, sondern in einer andern Absicht, die aber entweder gleich Anfangs auf Irrthum beruht, oder hinterher ihren Grund, also ihre Wahrheit verliert, und in Irrthum übergeht. Die wichtigen Fälle dieser Art lassen sich unter den gemeinsamen Namen des Datum ob causam bringen, wobey die causa als eine irrige, ungegründete gedacht werden muß (a). Dahin gehören die Fälle der condictio indebiti, ob causam datorum, sine causa, ob injustam causam.

In allen diesen Fällen tritt der Irrthum an die Stelle des, dem Darlehen zum Grunde liegenden, Vertrauens; dadurch wird auch auf sie der Begriff des Creditum, und die aus demselben entspringende condictio, anwendbar. Dieser innere Zusammenhang ist nicht etwa willkührlich angenommen, zur Unterstützung des von mir aufgestellten

(a) So ist es nämlich in der Regel; eine abweichende Natur hat die condictio ob turpem causam, worin der Irrthum in der causa zur Begründung der Condiction in manchen Fällen nicht hinreicht, in anderen entbehrlich ist; jenes, wenn dem Geber eine turpitudo vorgeworfen werden kann, Dieses, wenn Derselbe schuldlos ist.

Grundsatzes für die Anwendung der Condictionen; er wird vielmehr bey dem Indebitum, dem häufigsten unter den erwähnten Fällen, ausdrücklich, und an mehreren Orten unsrer Rechtsquellen, anerkannt (b).

Diese wichtige Klasse von Anwendungsfällen der Condiction ist zugleich Grundlage einer ganz neuen Entwicklung geworden. Eine solche irrige Übertragung nämlich aus unsrem Vermögen in ein fremdes läßt sich nicht nur bey dem Eigenthum denken, sondern auch bey allen anderen Arten von Vermögensrechten. Es läßt sich Dieses am Leichtesten anschaulich machen durch folgende, von der condictio indebiti hergenommene, Beyspiele, die sich jedoch eben so auch auf die anderen hier genannten Condictionen anwenden lassen. So kann die irrige Voraussetzung einer Verbindlichkeit die Errichtung eines Niesbrauchs oder einer Prädialservitut, oder auch die Aufhebung solcher Rechte, veranlassen, worauf die Condiction gebraucht werden kann, um die Herstellung des früheren Zustandes zu bewirken. Eben so wenn Jemand eine eigene Schuld contrahirt, oder eine Forderung überträgt, oder eine Schuld erläßt, entweder weil er zu diesen Handlungen unmittelbar verpflichtet zu seyn glaubt, oder weil er damit eine vermeyntliche

(b) *L.* 5 § 3 *de O. et A.* (44. 7.). „Is quoque qui non debitum accipit per errorem solventis, *obligatur quidem quasi ex mutui datione, et eadem actione tenetur*, qua debitores creditoribus ..“ Eben so Gajus III. § 91, § 1 *J. quib. modis re* (3. 14.), § 6 *J. de oblig. quasi ex contr.* (3. 27.). Alle diese Stellen rühren ursprünglich von Gajus her.

Geldschuld tilgen will (c). Ja sogar eine Arbeit, die geleistet wird, weil man dazu irrigerweise schuldig zu seyn glaubte, kann die Condiction begründen, insofern sich diese Arbeit auf einen bestimmten Geldwerth zurückführen, also mit einer gezahlten Geldsumme vergleichen läßt, die nun zurück gefordert werden kann (d).

VIII.

Auch Dasjenige aber kann condicirt werden, was aus meinem Vermögen anders als durch meinen Willen in fremdes Eigenthum übergeht, sey es daß der Andere durch seine Handlung, oder durch zufällige Umstände, auf meine Kosten bereichert werde. Folgende Fälle sind dahin zu rechnen.

Gegen den Besitzer meiner Sache habe ich zunächst die Vindication, nach verlornem Besitz in der Regel keine Klage. Wenn er jedoch die unentgeldlich erworbene Sache verkauft und sich dadurch bereichert hat, die Sache aber untergegangen ist, so daß ich sie auch nicht mehr gegen einen Dritten vindiciren kann, so habe ich gegen Jenen eine Condiction auf die Summe, um welche er reicher geworden ist (a).

Eben so, wenn die Bereicherung nicht durch Verkauf, sondern durch Verzehren meiner Sache entstanden ist, z. B.

(c) *L.* 4. 10 *de cond. causa data* (12. 4.), *L.* 1 *pr.* § 1. 2 *de cond. sine causa* (12. 7.), *L.* 5 § 1 *de act. emti* (19. 1.).

(d) *L.* 26 § 12 *de cond. indeb.* (12. 6.).

(a) *L.* 23 *de R. C.* (12. 1.).

wenn der unredliche Besitzer meines Landgutes die Früchte verzehrt hat (b).

Die für diese Zwecke anwendbare condictio sine causa umfaßt demnach verschiedenartige Fälle: solche, die auf dem freyen Willen des gegenwärtigen Klägers, also einem Datum, beruhen (Num. VII.), und solche, die durch bloßen Zufall, oder auch durch die Handlung des Beklagten, herbeygeführt sind (c).

Fassen wir die bisher dargestellten Fälle der Condictionen in einem gemeinsamen Überblick zusammen, so erscheint darin folgende stufenartige Entwicklung des Grund-

(b) *L.* 4 § 2 *fin. reg.* (10. 1.), *L.* 22 § 2 *de pign. act.* (13. 7.), *L.* 18 *de except.* (44. 1.), *L.* 55 *in f. de cond. ind.* (12. 6.), *L.* 4 § 1 *de reb. cred.* (12. 1.), *L.* 3 *C. de cond. ex lege* (4. 9.). — Eben so, wenn mein Purpur in ein fremdes Kleid eingewirkt und dadurch als selbstständige Sache zerstört wird; gegen den Dieb habe ich die condictio furtiva, gegen den redlichen Besitzer, der sich auf diese Weise bereicherte, gleichfalls eine condictio (sine causa). § 26 *J. de rer. div.* (2. 1.), Gajus II. § 79; (Theophilus giebt unbegreiflicherweise auch gegen Den, welcher nicht Dieb ist, die cond. furtiva. Die Worte: *a quibusdam* aliis possessoribus erklären sich aus den in dieser Nummer des Textes vorgetragenen Sätzen; quidam sind eben die sine causa Bereicherten). — Ferner *L.* 4 § 2 *de R. C.* (12. 1.). „Ea quae vi fluminum importata sunt, condici possunt." Versteht sich, wenn die Sachen nicht mehr als selbstständig vorhandene vindicirt werden können, zugleich aber auch den Grundbesitzer bereichert haben.

(c) Darauf deutet *L.* 1 § 3 *de cond. sine causa* (12. 7.). „Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum *pervenit*, vel redit ad non justam causam." Der Ausdruck ist so allgemein gefaßt, daß es ganz dahin gestellt bleibt, ob das pervenire durch den Willen des ursprünglichen Eigenthümers herbeygeführt wurde oder nicht. Eben so auch in *L.* 6 *de cond. ob turpem* (12. 5.), und in *L.* 25 *in f. de act. rer. amot.* (25. 2.).

begriffs. Der ursprüngliche Fall der Condiction besteht darin, daß der Eigenthümer durch anvertrautes Eigenthum das Vermögen des Empfängers erweitert (Num. V.). — Daran reiht sich der Fall, da zwar nur der Besitz dem Empfänger anvertraut wird, dieser aber die Erweiterung seines Vermögens durch eigenmächtige Handlung bewirkt (Num. VI.). — Ferner der Fall, worin die Erweiterung des Vermögens zwar durch den Willen des vorigen Eigenthümers herbeygeführt wird, aber nicht aus Vertrauen, sondern aus Irrthum, welcher nun gleiche Wirkung mit jenem Vertrauen haben soll (Num. VII.). — Endlich aber wird die gleiche Wirkung auch auf die grundlose zufällige Bereicherung des Einen aus dem Eigenthum des Anderen übertragen (Num. VIII.) (d).

Alle diese Fälle also haben mit einander gemein die Erweiterung eines Vermögens durch Verminderung eines andern Vermögens, die entweder stets ohne Grund war, oder ihren ursprünglichen Grund verloren hat. Da die meisten und wichtigsten derselben auf einer freyen Handlung des ursprünglichen Eigenthümers beruhen, woran sich die übrigen Fälle blos als Erweiterungen aus innerer

(d) Es ist hierin eine sehr regelmäßige Entwicklung der Begriffe unverkennbar. An die Condiction aus anvertrautem Eigenthum (Num. V.) schließt sich die aus dem Depositum, worin der Empfänger das Eigenthum durch einseitige Willkühr an sich zieht (Num. VI.). Ganz eben so an die condictio sine causa aus irrigem Geben (Num. VII.) die auf der einseitigen Willkühr des Bereicherten, ohne vorhergegangenes Geben, beruhende cond. sine causa (Num. VIII.).

Verwandtschaft anschließen, so kann man die bisher betrachteten Entstehungsgründe der Condictionen als Datum bezeichnen. Man kann darauf auch den Ausdruck einer grundlosen Bereicherung des Andern aus unsrem Vermögen anwenden, wenn nur der Begriff der Bereicherung auf eine, gerade diesem Verhältniß angemessene, Weise begränzt wird. Es kommt nämlich darauf an, daß dem Übergang eines Rechts aus einem Vermögen in ein anderes die causa entzogen sey, oder stets gefehlt habe; so ist es bey dem Darlehen nach der Kündigung, oder bey dem irrig bezahlten indebitum. Anders bey einem wohlfeilen Kauf, wobey zwar auch der Käufer auf Kosten des Verkäufers bereichert wird, jedoch ohne daß irgend ein Mangel in der causa wahrzunehmen ist, indem der hier obwaltende Irrthum gar nicht die causa, d. h. den Rechtsgrund der Veränderung, betrifft, sondern nur die materielle Werthschätzung, die ganz außer dem Rechtsgebiet liegt. Noch sichtbarer ist Dieses bey der Schenkung, die stets eine Bereicherung in sich schließt, und dabey auf bloßer Laune und Willkühr, oder auf irrigen Beweggründen beruhen kann, weshalb man sie für ein datum sine causa (grundlose Bereicherung) halten könnte. Allein das Juristische dabey ist lediglich die Absicht zu schenken, die donationis causa, in welcher selbst unter jenen Voraussetzungen kein Mangel erscheint, da jene an sich mangelhaften Beweggründe mit dem Rechtsgebiet keine Berührung haben.

Eben so ist es aber auch nöthig, daß Dasjenige, welches

dem Andern zur Bereicherung diente, vorher schon wirklich einmal zum Vermögen Dessen gehört habe, welcher darauf eine Condiction gründen will (e).

IX.

Ein fernerer Fall, worin die Anwendung einer condictio keinem Zweifel unterliegt, ist die alte literarum obligatio oder die expensilatio. Justinian weißt darauf deutlich hin, indem er der an die Stelle derselben, freylich nicht sehr passend, eingeschobenen neuen literarum obligatio gleichfalls die Wirkung einer condictio zuschreibt, wodurch er offenbar eine gleiche Wirkung beider Rechtsinstitute behaupten, und so den Rang rechtfertigen will, den er dem neu erfundenen Institut zuschreibt (a). — Eben so wird die expensilatio von Cicero mit dem Gelddarlehen und der Stipulation in solcher Weise auf gleiche Linie gestellt, daß er diesen drey Rechtsgeschäften die ausschließende Kraft zuschreibt, eine certi petitio hervor zubringen, welches gerade dieselbe Klage ist, die in unsren Rechtsquellen certi *condictio* genannt wird (b). — In einer anderen Stelle erzählt Cicero die Geschichte eines Kaufcontracts, worin der Verkäufer den Käufer betrogen hatte. Dem Käufer war hier nicht zu helfen, sagt Cicero, weil damals

(e) *L.* 55 *de cond. ind.* (12. 6.), worin dieser Gegensatz besonders scharf hervorgehoben ist; am bestimmtesten in den letzten Worten der Stelle.

(a) *pr. J. de lit. oblig.* (3. 21.). „ . . Sic fit, ut hodie . . scriptura obligetur, *et ex ea nascitur condictio* . . ."

(b) Beylage XIII. Num. XI. a.

Aquillius noch nicht die doli actio eingeführt hatte. Man begreift nicht, warum nicht dem Käufer schon durch die bonae fidei Natur der actio emti (wenn er klagte) oder venditi (wenn er verklagt wurde) geholfen werden konnte. Allein Cicero sagt, nachdem er den Kauf selbst erzählt hat: „*Nomina facit*, negotium conficit." Nun also wurde gegen den Käufer nicht mehr mit der actio venditi, sondern aus der Expensilation, mit der Condiction geklagt, und diese war stricti juris (b[1]). — Endlich hat sich auch in den Digesten eine unverkennbare Spur dieser Wirkung des alten Rechtsinstituts erhalten (c).

Dieser Fall nun scheint auf den ersten Blick mit dem Darlehen, welches oben für die Grundlage der Condictionen erklärt worden ist, in gar keinem Zusammenhang zu stehen. Denn bey dem Darlehen verschafft der Glaubiger dem Schuldner Eigenthum einer Geldsumme, um künftig an einer gleich großen Summe Eigenthum zurück zu bekommen; bey der expensilatio wird kein Eigenthum gegeben, kann also auch ein solches nicht zurück verlangt werden, vielmehr ist das künftig zu Leistende etwas ganz

(b[1]) Cicero de officiis III. 14. — Vgl. Beylage XIII. Num. XVI.

(c) *L.* 1 *de ann. leg.* (33. 1.). „Cum in annos singulos quid *legatum* sit ... sicuti ex *stipulatione*, *aut nomine facto* petatur." Aus Stipulationen und Legaten aber entsprangen unzweifelhaft Condictionen. Die Erwähnung der alten nomina in dieser Stelle kann übrigens nur als ein Versehen der Compilatoren angesehen werden. Vgl. auch die unten Num. X. h. angeführte Stelle aus *L.* 3 § 3 *de Sc. Mac.* (14. 6.).

Neues, dessen Nothwendigkeit blos auf dem in gewisser Form ausgesprochenen Willen der Parteyen beruht.

Und dennoch ist gerade hier der innere Zusammenhang ganz unläugbar.

Gajus beschreibt die expensilatio, als Entstehungsform einer besonderen Art von Obligationen, also. Wenn ich in meinem Hausbuch, welches alle meine Geldgeschäfte enthält (d), einem Anderen eine Summe Geldes als expensum, das heißt als an ihn gezahlt, eintrage, so liegt dabey entweder ein wirkliches Darlehen zum Grunde oder nicht. Im ersten Fall hat die Eintragung gar keine eigenthümliche Wirkung, vielmehr entsteht hier aus dem Darlehen selbst dieselbe Obligation, die auch ohne Eintragung entstanden seyn würde (e). Anders im zweyten Fall, in welchem die bloße Eintragung als solche, Entstehungsgrund einer selbstständigen Obligation ist, nämlich derselben schon oben nachgewiesenen condictio, die auch aus dem Darlehen und aus der Stipulation entsteht (f). Dieses geschah nun zu zweyerley Zwecken. Erstlich, um irgend einer anderen Schuld, die aus Kauf, Miethe, Societät u. s. w. entstanden seyn mochte, diese strengere Natur mitzutheilen, oder mit anderen Worten, um die b. f. actio

(d) Vgl. über die alten Hausbücher (codices expensi, accepti) besonders Cicero pro Roscio Com. C. 2. 3. 5, in Verrem I. 23. 36, pro Cluentio C. 14. 30. Eine genauere Darstellung dieses Rechtsgeschäfts enthält: Savigny Literalcontract, Memoiren der Berliner Akademie vom J. 1816.

(e) Gajus III. § 131.

(f) Gajus III. § 128.

in eine condictio umzuwandeln (g). Zweytens, um eine Schuld von Einem Schuldner auf einen andern zu übertragen, indem also dem neuen Schuldner (mit dessen Einwilligung) eine Summe Geldes als an ihn baar gezahlt, eingetragen wird, die er in der That nicht empfangen hat (h).

Was ist nun das Wesentliche in diesen Geschäften, die uns zunächst als leere Formen erscheinen? Hätte ich dem Andern die Summe, die ich ihm blos als gegeben eingetragen habe, wirklich gegeben, und zwar nicht um zu schenken, oder eine Schuld abzutragen, sondern um eine gleiche Summe von ihm künftig zu fordern, so würde das Geschäft unzweifelhaft ein Gelddarlehen gewesen seyn. Indem nun das Geld nicht wirklich gegeben, sondern nur als gegeben eingetragen ist, so liegt dem ganzen Hergang die unzweifelhafte Absicht zum Grunde,

irgend ein Rechtsverhältniß, durch den bloßen Willen der Parteyen, so zu behandeln, als ob es ein Gelddarlehen wäre.

Indem nun aber die eigenthümliche Wirkung der expensilatio eine condictio war, und diese Wirkung allein das Interesse darbieten konnte, um dessen Willen dieser künstliche Weg eingeschlagen wurde, so liegt hierin eine

(g) Gajus III. § 129. „A re in personam transscriptio fit, veluti si id, quod modo ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, *id expensum tibi tulero.*"

(h) Gajus III. § 130. „A persona in personam transscriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, *tibi id expensum tulero*, id est si Titius te delegaverit mihi."

einleuchtende Bestätigung der oben aufgestellten Behauptung, daß das Darlehen recht eigentlich als Grund und Bedingung einer anwendbaren Condiction angesehen werden muß.

Nach dieser Entwicklung kann man die expensilatio nicht treffender bezeichnen, als indem sie ein fingirtes Geld-darlehen nennt.

In Justinians Recht ist die expensilatio verschwunden, und wenn er scheinbar eine neue literarum obligatio (nämlich den gewöhnlichen Schuldschein nach verjährter exceptio non numeratae pecuniae) an ihre Stelle setzt, und auch dieser eine Condiction als Folge beylegt (Note a), so darf Dieses dennoch nicht als ein neues, die Anwendung der Condictionen wirklich erweiterndes, Rechtsinstitut angesehen werden. Denn in allen Fällen dieser Art ist ohnehin von Anfang an eine Condiction (meist aus einem Darlehen) vorhanden, und das Neue, welches aus der eben erwähnten Verjährung folgt, betrifft nicht die Natur der Rechtsverhältnisse selbst, sondern nur den Beweis der streitigen Thatsachen. Es wäre daher eine eben so gezwungene, als unfruchtbare Ansicht, wenn man, von jener Verjährung an, die alte Condiction (aus dem Darlehen) als untergegangen, und eine neue (aus der Schrift) als an ihre Stelle tretend, ansehen wollte. Eine so buchstäbliche Behandlung der Worte Justinians ist überall nicht zu rechtfertigen.

X.

Noch wichtiger ist die Stipulation, das heißt der auf der Übereinstimmung mündlicher Frage und Antwort beruhende Vertrag, dessen Anwendung das einzige allgemein zureichende Mittel für die Römer war, jedem beliebigen Stoff vollständige Wirksamkeit vor Gericht zu verschaffen (Beyl. XIII. Num. XI.). Daß nun in der That jede Stipulation eine Condiction zur Folge hatte, ist unzweifelhaft (a). Hierin scheint aber eine Widerlegung der oben aufgestellten Grundansicht für die Condictionen zu liegen, indem die Stipulation auf eine versprochene neue Leistung, nicht auf ein Zurückgeben, gerichtet ist, also gar keine Analogie mit dem Darlehen zu haben scheint.

Dennoch halte ich auch hier denselben Zusammenhang mit dem Darlehen für gewiß, welcher so eben für die litterarum obligatio nachgewiesen worden ist. Wie nämlich diese letzte nichts Anderes ist, als die freywillige schriftliche Unterwerfung unter die Folgen, die außerdem in der Natur des Darlehens gegründet sind, so ist die Stipulation eine freywillige mündliche Unterwerfung ganz gleicher Art. Durch beide Handlungen wird also die dem Darlehen natürliche Wirkung mit Willkühr und künstlich herbeygeführt, und man kann beide als die Fiction eines

(a) *L.* 9 § 3 *L.* 24 *de R. C.* (12. 1.), *pr J. de V. O.* (3. 15.). — Der Einwurf, den man dagegen aus dem Namen der actio ex stipulatu versuchen möchte, wird weiter unten beseitigt werden.

Darlehens bezeichnen. Diese Behauptung ist nunmehr zu beweisen.

Paulus sagt in *L.* 2 § 5 *de R. C.* (12. 1.):

Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione (b).

Diese Bemerkung steht am Ende einer Reihe von Betrachtungen (*L.* 1. 2 *eod.*) über den Begriff von Credere, als Grundlage der Condictionen. Was heißt nun hier verbis *credimus?* Man könnte es verstehen von einem allgemeinen Vertrauen in des Andern Zuverlässigkeit, welches freylich bey keinem Vertrag gänzlich fehlen wird. Allein dieses allgemeine, unbestimmte Vertrauen findet sich ja auch bey dem Kauf und der Miethe, und doch heißt es niemals: consensu credimus, ja es ist Nichts gewisser, als daß auf die Erfüllung dieser Contracte keine Condictionen möglich waren. Noch mehr persönliches Vertrauen findet sich bey dem Depositum, und doch wird hier, so lange nicht Consumtion eintritt, die Condiction versagt, ja es heißt ausdrücklich: *aliud* est enim credere, *aliud* deponere (Num. VI. a.). Also will offenbar Paulus der Stipulation ein Credere im höheren Sinn, wodurch sie dem Darlehen verwandt, und von den Consensualcontracten unterschieden wird, zuschreiben; Dieses ist aber nur

(b) Neuerlich ist folgende Erklärung dieser Stelle versucht worden, die ich als gezwungen gänzlich verwerfen muß: das credere sey hier nicht die Handlung des Stipulator, sondern die des Promissor, welcher sich durch die Stipulation zum Schuldner mache, also dieses nomen aus seinem Vermögen weggebe, und dem Gegner anvertraue. Liebe Stipulation S. 364.

möglich unter Voraussetzung der oben aufgestellten Behauptung. Der Sinn der Stelle, welchen ich hier darzulegen gesucht habe, wird noch anschaulicher, wenn man sich etwa den Verfasser in folgenden Worten fortfahrend denkt: *Literis quoque credimus*, si id quod ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis nobis debeatur, expensum tulerimus (c).

Eine Bestätigung erhält diese Erklärung durch folgende von Scävola und Ulpian herrührende Stellen. Das Sc. Macedonianum hatte wörtlich verordnet, es solle Keiner eine Klage erhalten „qui filiofamilias mutuam pecuniam *dedisset*" (d). Daraus hatten die Juristen diese Regel formulirt: „filiofamilias *credi non licere*." Nun sagt Scävola, wenn die Stipulation noch während der väterlichen Gewalt geschlossen, das Geld aber erst nach deren Auflösung ausgezahlt werde, so sey das Senatusconsult dennoch nicht anwendbar, obgleich der in jener Regel vorkommende Ausdruck credi auch schon auf die Stipulation bezogen werden könnte (e). — Dasselbe sagt, nur noch ausführlicher, Ulpian (f), dessen Stelle folgenden Gedanken ausdrückt: Das Senatusconsult darf nicht angewendet werden auf Schulden überhaupt, wie Kauf oder Miethe;

(c) So lautet, mit Veränderung weniger Worte, Gajus III § 129.

(d) *L.* 1 *pr. de Sc. Mac.* (14. 6.).

(e) *L.* 4 *de Sc. Mac.* (14. 6.). „Quia, quod vulgo dicitur, filiofamilias *credi non licere*, non ad verba referendum est, sed ad numerationem," verbunden mit dem vorhergehenden *L.* 3 § 5 *eod.*

(f) *L.* 3 § 3 *de Sc. Mac.* (14. 6.).

ja nicht einmal auf alle Fälle, welche unter den wahren Begriff des Credere fallen; vielmehr erkannte der Senat nur in dem den Söhnen gegebenen baaren Geld eine Gefahr für das Leben der Väter (g). Wenn daher eine durch Kauf entstandene Schuld des Sohnes vermittelst einer expensilatio in ein creditum verwandelt wird, so ist das Senatusconsult dennoch nicht anwendbar, und eben so wenn diese Verwandlung durch eine Stipulation geschieht (h); denn obgleich in diesen beiden Fällen eine wahre Darlehensschuld entsteht, so geschieht es doch nicht durch gegenwärtige Baarzahlung (i), welches Geschäft allein dem Senat so gefährlich erschien.

Daß die Handlung des Stipulator ein wahres Credere, im technischen Sinn des Worts, war, sagt auch unmittelbar Quinctilian (k), und indirect Gajus; denn Dieser erwähnt die stipulatio tertiae partis bey der Klage de pecunia certa *credita* (l); wir wissen aber aus Cicero, daß diese Sponsion die drey Fälle, adnumeratio, expensilatio,

(g) „nam *pecuniae datio* perniciosa parentibus eorum visa est."

(h) „et ideo *et si in creditum abii* filiofamilias vel ex causa emptionis, vel ex alio contractu in quo pecuniam non numeravi, *et si stipulatus sim* ... cessat Senatusconsultum."

(i) „*licet coeperit esse mutua* pecunia, tamen quia pecuniae *numeratio* non concurrit, cessat Senatusconsultum.

(k) *Quinctilian.* Lib. 4 C. 2 p. 319 ed. Burmannn. „certam *creditam* pecuniam peto *ex stipulatione.*" über die verschiedene Art, wie hierbey die Formel gefaßt seyn konnte, s. u. Num. XXXII.

(l) Gajus IV. § 171 „ex quibusdam causis sponsionem facere permittit, velut de pecunia certa credita ... sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis." Vgl. IV. § 13.

stipulatio, gleichmäßig umfaßte (m), welche also insgesammt unter dem Ausdruck *credita* pecunia verstanden waren. — In einer anderen Stelle (III. § 124) sagt derselbe Gajus, eine L. Cornelia verbiete höhere Bürgschaften als auf 20000 Sesterze: „vetatur in ampliorem summam obligari *creditae pecuniae*, quam in XX. milium." Zur Erläuterung dieses Verbots macht er zwey Bemerkungen. Erstlich: „pecuniam autem *creditam* dicimus non solum eam, quam credendi causa *damus*, sed omnem, quam certum est debitum iri," und namentlich gehöre also dahin auch die durch Stipulation versprochene pecunia. Zweytens: „Appellatione autem *pecuniae* omnes res *in ea lege* significantur;" als Beyspiele giebt er an: Wein, Weizen, ein Grundstück, ein Sklave. Hier ist nun ganz augenscheinlich, daß er die ausgedehnte Bedeutung von pecunia als eigenthümlichen Sprachgebrauch dieses Gesetzes angiebt, dagegen die Bedeutung von credere, da es nicht auf das bloße Geben beschränkt ist, sondern die Stipulation mit umfaßt, als den regelmäßigen juristischen Sprachgebrauch.

Durch die hier nachgewiesene Bedeutung des Ausdrucks credere erhalten ein ganz eigenthümliches Licht Zwey Stellen der Lex Galliae cisalpinae Cap. XXI. XXII., in welchen zuerst die Rede ist von der pecunia certa credita *signata forma publica populi Romani*, und nachher von: quid praeter pecuniam certam creditam *signatam forma*

(m) Cicero pro Roscio Comoedo C. 4. 5.

publica populi Romani. Wäre blos gesagt worden: pecunia certa credita, so hätte darunter, nach den so eben angeführten Stellen, auch jede aus Expensilation oder Stipulation entstandene Geldschuld verstanden werden müssen. Die Absicht gieng aber dahin, lediglich die aus einem Darlehen in baarem, gemünztem Geld entstandene Schuld von allen übrigen Forderungen in der Behandlung zu unterscheiden, und diese Absicht wurde durch die hinzugefügten Worte ausgedrückt, in welchen der Gedanke auf das sinnlich wahrnehmbare Object, das der Obligation zum Grunde liegt, gelenkt wird. Das Bedürfniß einer so umständlichen Bezeichnung zeigt deutlich, daß die technische Bedeutung des Ausdrucks *credita* pecunia umfassender war, als der hier ausschließend gemeynte Fall. Der hier gewählte Zusatz hatte also denselben Zweck wie der Ausdruck *adnumerata* pecunia bey Cicero, im Gegensatz der expensa lata und stipulata, welcher von ihm absichtlich anstatt des Ausdrucks *credita* gewählt war.

Ja sogar der öfter vorkommende Ausdruck pecunia *certa* credita kann schon zum Beweise dienen, daß unter *credita* pecunia neben dem Darlehen auch zugleich die Stipulation verstanden werden muß. Bey dem Darlehen allein wäre jener Ausdruck völlig pleonastisch, da das geliehene Geld stets eine gewisse Summe ist (n). Der Zusatz certa bekommt

(n) Man wende nicht ein, daß im Vertrauen auf die Redlichkeit des Empfängers auch ungezähltes Geld ausgeliehen werden könne. Kann der Creditor gar keine Summe angeben, auch nicht einmal als

nur Bedeutung durch die Beziehung auf die Stipulation, da dieſe bald certa, bald incerta pecunia zum Gegenſtand haben kann.

Einige andere Beſtätigungen der hier aufgeſtellten Anſicht von der Stipulation will ich nur kurz andeuten, da ich ſie ſchon an einem andern Ort weiter ausgeführt habe (o). Die älteſte und wahrſcheinlichſte Etymologie von Stipulatio iſt die von Stips, Geld (p), ſo daß Stipulatio wörtlich ein Geldgeſchäft heißt, welches ſich ungezwungen nur dann rechtfertigen läßt, wenn man in ihr zugleich die Fiction einer durch Gelddarlehen entſtandenen Verpflichtung anerkennt. — Damit ſtimmt aber auch ganz beſonders die wahrſcheinliche Entſtehung der Stipulation zuſammen. Die Zwölf Tafeln hatten im Allgemeinen dem Nexum eine bindende Kraft beygelegt, und damit die nexi obligatio begründet, welche nichts Anderes war, als ein ſymboliſches Gelddarlehen, wie die Mancipation ein ſymboliſcher Kauf, beide mit ſcheinbar zugewogenem Geld. Als ſpäter die nexi obligatio durch die Lex Poetelia abgeſchafft wurde, und doch eine allgemeine Contractsform nicht entbehrt werden konnte, ließ man aus der nexi obligatio die ſymboliſche Handlung weg, behielt aber die mündliche Frage und Antwort bey. Das ſo entſtandene

ein Minimum, ſo hat er keine Klage, und muß ſich mit dem Erfolg ſeines Vertrauens begnügen.

(o) Savigny über das altrömiſche Schuldrecht, Abhandlungen der Berliner Akademie von 1833.

(p) Varro de lingua lat. Lib. 5 § 36, Festus v. stipem.

Geschäft war die Stipulation, deren juristischer Character nun durch ihren Ursprung bestimmt wurde. Daher erscheint sie als ein dem Darlehen verwandtes, aus ihm entsprungenes, Geschäft, und sie hat mit demselben die Erzeugung der Condiction eben so gemein, wie die expensilatio. Eine nicht undeutliche Hinweisung auf diesen historischen Zusammenhang der Stipulation, und diesen Grund des in ihr enthaltenen credere, finde ich in den Worten der oben abgedruckten L. 2 § 5 de R. C. „*quodam actu* ad obligationem comparandam interposito, *veluti* stipulatione." Die allgemein lautenden Worte quodam actu, so wie das verbindende veluti, weisen darauf hin, daß die Stipulation nicht der einzige Fall dieser Art war, dann aber bleibt uns neben derselben kein anderer Fall vorauszusetzen übrig, als die alte nexi obligatio, von deren Aufhebung wir bestimmte Nachricht haben, und die in der ursprünglichen Stelle des Paulus (ehe sie unter die Hände der Compilatoren kam) noch deutlicher bezeichnet gewesen seyn mag.

Mit dem hier dargestellten historischen Zusammenhang ist aber noch ein zweyter wohl vereinbar. Es ist möglich, daß schon vor der L. Poetelia die eben beschriebene Umbildung der nexi obligatio in die Stipulation, zum Gebrauch der Peregrinen in Rom, vorgenommen wurde. War Dieses der Fall, so hatte die L. Poetelia, indem sie für die Römer die nexi obligatio aufhob, blos die Folge, daß die bisher von den Peregrinen angewendete freyere

Geschäftsform nun auch von den Römern angenommen wurde. Das Andenken der alten Verschiedenheit erhielt sich in der stets fortdauernden Regel, daß die Formel dari spondes? spondeo nur von Römischen Bürgern angewendet werden könne (q).

XI.

Endlich findet sich noch eine, von den bisher erklärten ganz verschiedene, Veranlassung der Condiction in dem legatum per damnationem. Daß hier in der That eine Condiction zulässig war, ist nach mehreren Stellen unzweifelhaft (a). Eben dahin deutet die sehr häufige Verbindung, worin die Klagen aus einer Stipulation und aus einem Testament neben einander genannt werden (b).

Auch diese Anwendung scheint wiederum der oben aufgestellten Grundlage der Condictionen zu widersprechen, da der Legatar keineswegs Dasjenige, Was er früher gehabt hat, wieder bekommen, sondern vielmehr etwas ganz Neues erwerben will. Allein dieser Einwurf läßt sich auf ähnliche Weise, wie der aus der Stipulation ent-

(q) Gajus III. § 93.

(a) *L.* 9 § 1 *de R. C.* (12. 1.) „Competit haec actio (nämlich die certi condictio) etiam ex legati causa." — Gajus II. § 204 „legatarius in personam agere debet, *id est intendere, heredem sibi dare oportere;*" daß Dieses eine Hauptform der Condiction war, wird noch unten gezeigt werden.

(b) *L.* 23 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 6 *de in litem jur.* (12. 3.), *L.* 27 *de solut.* (46. 3.) u. s. w. Vgl. Gans Obligationenrecht S. 31.

nommene, und vielleicht selbst mit noch größerer Entschiedenheit, beseitigen.

Die Grundlage des alten Civiltestaments war das Nexum, und aus ihm war die Kraft jeder im Testament enthaltenen Bestimmung abzuleiten. Der Erbe wurde daher angesehen, als hätte er durch nexi obligatio contrahirt, und indem der Legatar aus diesem, auch für ihn geschlossenen, Contract klagte, mußte seine Klage, eben so wie die aus einer Stipulation entspringende, die Natur einer Darlehensklage, also einer Condiction, annehmen.

Dieser Zusammenhang läßt sich hier sogar unmittelbar nachweisen. Die nexi liberatio war die Auflösung einer durch nexi obligatio gegründeten Verpflichtung (c). Nun aber war für den Legatar, der den Erben von einem damnationis legatum frey geben wollte, die nexi liberatio die eigentliche Rechtsform (d); daher mußte auch die ursprüngliche Verpflichtung des Erben gegen ihn auf einer nexi obligatio beruht haben.

Allerdings paßt nun diese Herleitung der aus den Legaten entspringenden Condictionen unmittelbar nur auf das Civiltestament, und doch haben wir keinen Grund, bey prätorischen Testamenten die Zulässigkeit jener Condiction in Zweifel zu ziehen. Allein auch in anderen Stü-

(c) Gajus III. § 173.

(d) Gajus III. § 175. Nach dieser Stelle war es streitig, in welchen Fällen des Legats die nexi liberatio anwendbar sey; vielleicht bezog sich dieser Streit auch auf die Natur der anzuwendenden Condictionen (certi oder incerti).

cken wurden die aus der Natur des Civiltestaments entsprungenen Rechtsregeln ohne Weiteres auf das prätorische Testament übertragen; so namentlich die Nothwendigkeit der testamenti factio in der Person des Testators, des Erben, der Legatare, und der Zeugen, obgleich diese ursprünglich auch nur in der Form der Mancipation ihren Grund hatte.

XII.

Die bisher dargestellten Fälle der Anwendung sind insgesammt auf das allgemeine Princip der Condictionen zurückgeführt worden. Es bleiben jetzt noch Zwey Fälle übrig, die von diesem Princip nicht abzuleiten sind, und daher als Anomalieen angesehen werden müssen. Der sehr geringe Umfang der darin enthaltenen Abweichungen würde allein schon den Zweifel beseitigen, der hieraus gegen die Richtigkeit des Princips selbst erhoben werden könnte; es kommt aber hinzu, daß in dem wichtigsten dieser Fälle die Ausnahmenatur von den Römern selbst ausdrücklich anerkannt wird, wodurch derselbe vielmehr zur Bestätigung als zur Widerlegung des Princips dient. Diese beiden Fälle sind die condictio ex lege und die condictio furtiva.

Die Natur der condictio ex lege wird von den Römern selbst so angegeben:

L. 1 *de cond. ex lege* (13. 2.). (Paulus.)

Si obligatio *lege nova* introducta sit, nec cautum

eadem lege quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.

Die letzten Worte sprechen freylich nicht ausdrücklich von einer Condiction; in Verbindung mit der Überschrift des Titels muß aber unzweifelhaft eine solche Klage unter den Worten agendum est verstanden werden.

Es ist nicht zu sagen, welcher Misbrauch von manchen neueren Schriftstellern mit diesem Namen getrieben worden ist. Wo man nur ein Klagrecht fand, das man nicht auf anerkannte Rechtsregeln zurück zu führen wußte, theilte man ihm jenen Namen mit, und setzte etwa die Zahl und Rubrik der Digestenstelle bey, woraus das Daseyn des Klagrechts bewiesen werden sollte (a). Es war nun ein höchst bequemer Name geworden, um alle Klagen zu bezeichnen, wofür man gerade keinen anderen Namen kannte, und es war ganz consequent, diesen Namen mit dem der actio in factum abwechslend zu gebrauchen (b), obgleich kaum im ganzen Römischen Recht ein stärkerer Widerspruch zu finden ist, als zwischen diesen beiden Arten von Klagen. Indem man diese Bequemlichkeit auf neueres Recht übertrug, sprach man auch von einer condictio ex canone, ex statuto, ex moribus. — Es wird jetzt kaum mehr nöthig seyn zu bemerken, daß Paulus nur an Klagen aus Volksschlüssen dachte, also nicht an solche, die

(a) So z. B. condictio ex L. 32 de reb. cred., auch wohl condictio Juventiana genannt. Vgl. oben B. 3 § 136. f.

(b) Glück B. 13 S. 238.

aus dem Edict oder durch die fortbildende Interpretation der Juriſten entſtanden waren; dagegen iſt es ganz in ſeinem Sinn, wenn wir auch diejenigen Klagen mit hinzu rechnen, die erſt nach der Zeit des Paulus durch kaiſerliche Edicte eingeführt wurden, und es wird ſich ſogleich zeigen, daß Juſtinian dieſe Conſequenz in mehreren Fällen ausdrücklich anerkannt hat.

XIII.

Paulus verlangt aber ferner zur Anwendung der condictio ex lege, daß die Klage lege *nova* eingeführt ſey; welches iſt nun hier die Gränze der alten und neuen leges, und worin liegt der Grund dieſer Einſchränkung?

Manche haben geſagt, Paulus meyne alle Volksſchlüſſe, die nach den Zwölf Tafeln erlaſſen waren (a); dann wären ausgeſchloſſen die in den Zwölf Tafeln eingeführten furti actiones, dagegen müßte die actio L. Aquiliae eine condictio ex lege genannt werden, die doch durchaus keine Condiction war, welches unten dargethan werden wird (b). Paulus dachte ohne Zweifel an die wichtige Veränderung, die in Folge der L. Aebutia vorgegangen war, indem da-

(a) Glück B. 13 S. 252.

(b) Ich darf kaum erwarten, daß Jemand die Einwendung verſuchen möge, die L. Aquilia gebe deswegen nicht Veranlaſſung zu einer condictio ex lege, weil ſie ja das anzuwendende genus actionis ausdrücklich beſtimmt habe, nämlich eben die bekannte actio Legis Aquiliae. Wenn Dieſes als Beſtimmung des genus actionis gelten dürfte, ſo wäre, nach der Angabe des Paulus, überhaupt keine condictio ex lege möglich geweſen, da es keinen Römiſchen Volksſchluß gab, der nicht mit einem ſolchen perſönlichen Namen hätte bezeichnet werden können.

mals durch das Edict des Prätors für alle gangbare Klagen eigene formulae aufgestellt wurden. Solche formulae waren nun gewiß für alle aus früheren Volksschlüssen entspringende Klagen gegeben; wenn aber nachher ein Volksschluß eine neue Klage einführte, ohne ihr zugleich eine Klagform anzuweisen, so gab man ihr ohne Weiteres die condictio ex lege, das heißt die Intentio: dare (oder dare facere) oportere, ohne Rücksicht darauf, ob das allgemeine Condictionenprincip diese Anwendung rechtfertigte oder nicht. Dem Princip nach konnte nur in der oben entwickelten Reihe von Fällen ein oportere, das heißt das Daseyn einer wahren Obligation nach jus civile, behauptet werden; allein wenn ein Volksschluß (oder späterhin ein Kaisergesetz) eine solche Obligation neu einführte, so war natürlich ihr Daseyn nicht weniger gewiß, als wenn sie aus jenem Princip hätte abgeleitet werden können.

Hierin liegt der Erklärungsgrund der Anomalieen, die etwa in der Anwendung der condictio ex lege wahrgenommen werden mögen. Welchen sparsamen Gebrauch die Römer davon gemacht haben, wird sich gleich zeigen.

Die eben versuchte chronologische Bestimmung führt nun allerdings nicht weit, da wir das Jahr der L. Aebutia eben so wenig kennen, als das der meisten älteren Volksschlüsse.

Ich will jetzt die wenigen sicheren Anwendungen der condictio ex lege angeben.

Nur ein einziger Volksschluß kann dahin gerechnet wer-

den. Nach der L. Julia de adulteriis sollte, im Fall der Freysprechung, dem Eigenthümer der durch die Folter getödteten oder beschädigten Sklaven Ersatz gegeben werden; wenn der Sklave blos Zeuge war, einfacher Ersatz, wenn er selbst des Ehebruchs beschuldigt war, doppelter Ersatz. Dabey wird ausdrücklich hinzugesetzt: per condictionem *quae ex lege descendit* (c). Diese Anwendung der Condictionen liegt völlig außer dem Condictionenprincip, da der Werth des verletzten Sklaven gar nicht in das Vermögen Desjenigen gekommen war, welcher jetzt den einfachen oder doppelten Ersatz leisten sollte.

Wenn ein Kläger seine Forderung übertreibt, und dadurch dem Beklagten unnöthige Prozeßkosten zuzieht, so soll er nicht nur Entschädigung zahlen, sondern auch noch die zweyfache Summe derselben als Strafe zulegen, und bey dieser Vorschrift Justinians heißt es ausdrücklich: ex lege condicticiam emanare (d). Auch diese Klage liegt ganz außer dem Princip der Condictionen.

Ein ähnlicher Ausdruck wird gebraucht, wenn der Kläger mit der hereditatis petitio abgewiesen wird, nachdem er vorher Erbschaftsschulden aus seinem Vermögen ausbezahlt hatte. Diese soll er von dem wahren Erben (gegen welchen er ohne Erfolg geklagt hatte) wieder fordern können „negotiorum gestorum, *vel ex lege condictione*" (e).

(c) *L.* 27 § 15, 16 *L.* 28 *ad L. J. de adult.* (48. 5.).
(d) § 24 *J. de act.* (4. 6.).
(e) *L.* 12 § 1 *in f. C. de pet. hered.* (3. 31.). — Außerdem kann ohne Zweifel der abgewiesene Kläger die gezahlte Summe von dem Empfänger zurück fordern mit der

Hier möchte jedoch die gewöhnliche condictio sine causa ausreichen, da unstreitig der wahre Erbe den Werth dieses ausgelegten Geldes in sein Vermögen bekommen hat, so daß in dieser Stelle der Name unrichtig angewendet zu seyn scheint.

Kein Bedenken hat ferner die Anwendung der condictio ex lege, wenn durch nudum pactum, ohne Stipulation, entweder eine Dos versprochen wird (f), oder eine Schenkung (g). Für beide Fälle nämlich sind durch die hier angeführten Kaisergesetze Klagen neu eingeführt worden, die sich auf das allgemeine Condictionenprincip nicht zurückführen lassen, und es ist ganz zufällig, daß der Name condictio ex lege in diesen Stellen nicht gebraucht wird.

Eben so ist die Klage, womit die Schenkung wegen Undankbarkeit des Beschenkten zurückgefordert wird, als eine condictio ex lege anzusehen. (System § 169.)

XIV.

Für ungewiß halte ich die Anwendung der condictio ex lege bey der Klage ex lege Cornelia de injuriis (a); wir wissen nämlich nicht, ob dieser Volksschluß in dem

condictio indebiti, welches hier nur nicht erwähnt ist, und in welchem Fall der wahre Erbe gar nicht befreyt wird (*L.* 19 § 1 *de cond. indeb.* 12. 6.). Es wird also hier vorausgesetzt, daß es der Zahlende vorzieht, die Zahlung als gültig anzuerkennen, und seinen Regreß an den wahren Erben zu nehmen.

(f) *L.* 6 *C. de dotis promiss.* (5. 12.).

(g) *L.* 35 § 5 *C. de don.* (8. 54.). Vgl. oben B. 4 § 169. S. 231.

(a) *L.* 5 *de injur.* (47. 10.).

oben bestimmten Sinn eine lex nova war (welches ich jedoch für wahrscheinlich halte), und eben so wenig, ob er nicht das genus actionis selbst bestimmt hatte.

In folgenden Fällen endlich halte ich die Anwendung der condictio ex lege entschieden für verwerflich.

Zuerst bey dem damnationis legatum. Die hier unstreitig geltende Condiction (Num. XI.) könnte man für eine condictio ex lege XII. tabularum halten, um dadurch die oben versuchte, vielleicht zu künstlich scheinende, Erklärung der Condiction des Legatars zu beseitigen, wenn irgend ein Sprachgebrauch denkbar wäre, nach welchem jenes Gesetz als lex nova bezeichnet werden könnte.

Ferner konnte Derjenige, welcher sich gegen die Vorschriften der L. Cincia verpflichtet, und hieraus gezahlt hatte, das gezahlte Geld zurück fordern, und zwar ohne Zweifel mit einer Condiction (b); dennoch halte ich die Anwendung einer condictio ex lege Cincia für ungegründet. Zwar ob das erwähnte Gesetz als eine lex nova in dem oben bestimmten Sinn bezeichnet werden konnte, will ich dahin gestellt seyn lassen; allein in jenem Fall möchte wohl die condictio sine causa, oder ob injustam causam, also das gewöhnliche Condictionenprincip, ausgereicht haben, so daß zur Ergänzung durch die condictio ex lege kein Bedürfniß vorhanden war.

Endlich, was wichtiger ist, darf durchaus nicht die actio L. Aquiliae für eine condictio ex lege, oder über-

(b) Vatic. Fragm. § 266. S. o. System B. 4 § 165. d[1].

haupt für eine Condiction, gehalten werden (vgl. Num. XX). Schon eine lex nova im Sinn des Paulus dürfte die L. Aquilia schwerlich gewesen seyn, doch läßt sich darüber Nichts unmittelbar beweisen, da wir über ihr Zeitalter fast gar Nichts wissen; aber daß sie keine Condiction war, muß jedem Unbefangenen einleuchten, der die Digestentitel de condictione furtiva und ad Legem Aquiliam hinter einander durchliest; denn dort ist fast in jeder Stelle von condictio und condicere die Rede, hier in keiner einzigen Stelle, so oft auch die Klagen in den verschiedensten Wendungen und Modificationen erwähnt werden. Dieselbe durchgeführte Verschiedenheit des Ausdrucks, die hier bey der Vergleichung ganzer Titel zur unverkennbaren Anschauung kommt, findet sich kürzer zusammen gedrängt in einer einzelnen Stelle, worin beide Klagen mit einander verglichen werden (c).

Ein sehr scheinbarer Zweifel allerdings könnte hergenommen werden aus einer in einem andern Digestentitel befindlichen Stelle (d), worin von der certi condictio, das heißt von der auf eine bestimmte Geldsumme gerichteten Condiction, geradezu gesagt wird:

> Competit haec actio etiam ex legati causa, *et ex lege Aquilia.*

(c) *L.* 2 § 3 *de priv. delictis* (47. 1.). „Quaesitum est, si *condictus* fuerit ex causa furtiva, an nihilo minus L. Aquilia *agi* possit. Et scripsit Pomponius, agi posse, quia alterius aestimationis est L. Aquiliae *actio*, alterius *condictio* ex causa furtiva" etc.

(d) *L.* 9 § 1 *de R. C.* (12. 1.),

Der Fall der Anwendung wird nicht hinzugesetzt, und wir haben daher einen solchen Fall aufzusuchen, aus welchem sich einestheils die Anwendung der Condiction nach unsrem Condictionenprincip, anderntheils die so äußerst seltene Erwähnung derselben, befriedigend erklärt.

Das Wesen des damnum injuria datum besteht darin, daß der Beschädigte durch die verletzende Handlung eines Andern ärmer wird; gewöhnlich gewinnt dabey der Verletzer gar Nichts, zuweilen jedoch geschieht Dieses allerdings, und dann hat dieser hinzutretende seltene Umstand manche eigenthümliche Folgen (e). Unter diese besonderen Folgen kann denn auch die Entstehung einer Condiction neben der actio L. Aquiliae gehören, die dem juristischen Entstehungsgrund nach von ihr ganz verschieden ist, den Erfolg aber (die Entschädigung) mit ihr großentheils gemein hat. Wenn z. B. mein Schuldner den von ihm ausgestellten Schuldschein über geliehenes baares Geld zerstört, und mir dadurch den Verlust der Schuldklage zuzieht, so habe ich gegen ihn wegen der Zerstörung die actio L. Aquiliae (f), wegen seiner Bereicherung eine condictio sine causa, die hier allerdings eine certi condictio seyn wird. Eben so, wenn mein adstipulator den Schuldner eigenmächtig von der Schuld befreyte, so hatte ich wegen dieser Beschädigung gegen ihn eine actio L. Aqui-

(e) *L.* 23 § 8 *ad L. Aquil.* (9. 2.), *L.* 27 § 3 *L.* 3 § 1 *de furtis* (47. 2.). (9. 2.), vgl. System § 212. g.

(f) *L.* 40. 41. 42 *ad L. Aquil.*

liae (g); wenn er sich selbst aber dadurch bereicherte, z. B. indem er nachher des Schuldners Erbe wurde, so hatte ich wegen dieser Bereicherung gegen ihn gleichfalls eine certi condictio, sine causa auf die Summe der mir entzogenen Forderung (h). Gerade daß diese Fälle so selten und verwickelt sind, paßt vollkommen zu dem sonst räthselhaften Umstand, daß die Condiction hier zwar als unzweifelhaft erwähnt wird, aber nur ein einzigesmal im ganzen Umfang unsrer Rechtsquellen, und nur ganz beyläufig bey der certi condictio, um die große Mannichfaltigkeit der Fälle bemerklich zu machen, welche zu dieser Klage Anlaß geben können.

Es tritt also hier ein ganz ähnliches Verhältniß ein wie bey dem Diebstahl. Dieser erzeugt zwey ganz verschiedenartige Klagen: aus dem Delict entsteht die furti actio, aus der grundlosen Bereicherung die condictio furtiva, welches Verhältniß durch die gleich folgende Betrachtung deutlicher hervor treten wird. Der Unterschied liegt nur darin, daß bey dem damnum die Bereicherung äußerst selten, bey dem Diebstahl dagegen jedesmal eintritt.

XV.

Es bleibt nun noch übrig, die condictio furtiva zu betrachten, als die zweyte unter den Klagen, welche von der regelmäßigen Natur der Condictionen abweichen (Num.

(g) Gajus III. § 215. 216. richtig Heffter Observ. in Gajum
(h) Diesen Fall bezieht hierauf L. 4 p. 66.

XII.). Die genaueste und häufigste Bezeichnung derselben ist condictio ex causa furtiva (a); der Name condictio furtiva findet sich weit seltener (b), und ist eigentlich nur eine bequeme Abkürzung jenes ersten Ausdrucks.

Es würde ganz unrichtig seyn, wenn man das Daseyn dieser Klage überhaupt, so wie die häufigsten Anwendungen derselben, als Abweichung von dem allgemeinen Condictionenprincip halten wollte. Wenn der Dieb gestohlenes Geld in seinen Nutzen verwendet, oder den gestohlenen Weizen aufzehrt, so bereichert er sich ohne Rechtsgrund auf Kosten des Bestohlenen, der sein Eigenthum durch Zerstörung der Sache verliert, und für Fälle dieser Art ist die allgemeine condictio sine causa völlig ausreichend (Num. VIII.). Selbst wenn der Dieb die Sache wieder verliert, ist er zwar ohne Bereicherung dennoch verpflichtet, aber Dieses ist nur eine Folge der den Diebstahl stets begleitenden Mora (c), enthält also keine Abweichung von den für die condictio sine causa als solche geltenden Rechtsregeln.

So ist also diese Klage eigentlich nur eine einzelne Anwendung der condictio sine causa, und sie würde über-

(a) *L.* 2, 3, 5, 8 § 1, 9, 16, 18 *de cond. furt.* (13. 1.), *L.* 2 § 3 *de priv. del.* (47. 1.), und viele andere Stellen.

(b) Der Ausdruck kommt vor in der Titelrubrik der Digesten (13. 1.) und des Codex (4. 8.), ferner in *L.* 3 § 2, *L.* 21 § 5 *rer. amot.* (25. 2.), vielleicht auch sonst noch, aber gewiß nicht häufig. In der zuletzt angeführten Stelle ist noch die Lesart zweifelhaft, da die Vulgata liest: *ex causa* furtiva.

(c) *L.* 17, 20, 8 *pr. de cond. furt.* (13. 1.).

haupt nicht als eine besondere Klage behandelt, und mit einem eigenen Namen belegt worden seyn, wenn nicht folgender Umstand diese Behandlung nöthig gemacht hätte. Das Bedürfniß und die Möglichkeit der Condiction ist nach allgemeinen Regeln dadurch bedingt, daß der Beklagte nicht mehr die Sache selbst besitzt, weil außerdem die Vindication ausreicht, und das dare, als Gegenstand der Condiction, unmöglich ist. (Num. V.) Eigentlich also müßte der Bestohlene zuerst genau untersuchen, ob das gestohlene Geld noch unvermischt vorhanden ist, und wenn er es hierin versieht, so wird er wegen der unrichtig gewählten Klage abgewiesen werden; ja die größte Vorsicht kann ihn hierin nicht sichern, da es in der Willkühr des Diebes steht, das Geld noch jetzt augenblicklich auszugeben oder mit anderem Geld zu vermischen. Da es nun sehr billig ist, den Bestohlenen, dem Diebe gegenüber, von dieser Verlegenheit und Gefahr zu befreyen, so ist für diesen Fall, ausnahmsweise, die Condiction gestattet worden, auch wenn die Sache noch vorhanden ist, so daß deshalb auch die Vindication möglich gewesen wäre (d). In dieser

(d) Gajus IV. § 4. „... certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: si paret eum *dare* oportere, nec enim, quod nostrum est, nobis dari potest ... Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut ... ex hac actione etiam teneantur: si paret eos dare oportere: quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus." § 14 *J. de act.* (4. 6.), *L* 1 § 1 *de cond. trit.* (13. 3.). — Der Vortheil, der dem Bestohlenen durch die Zulassung dieser Klage zugewendet werden soll, muß auf die oben im Text entwickelte Weise gedacht werden, nicht als ob es ihm,

Anwendung allein ist also jene Klage als eine von der allgemeinen Regel der Condictionen abweichende anzusehen, und die Abweichung ist nur darin zu setzen, daß in diesem Fall das außerdem geltende alternative Verhältniß der Condiction zur Vindication (Num. V. f. g.) zum Vortheil des Klägers aufgegeben wird.

XVI.

Die Condiction, in der hier erklärten abweichenden Natur, ist dann auch angewendet worden auf den an sich verschiedenen, aber verwandten, Fall, wenn dem Eigenthümer der Besitz eines Grundstücks mit Gewalt entzogen wird; auch hier soll er ausnahmsweise die eigene Sache condiciren, also zwischen der Condiction und Vindication wählen dürfen. Anfangs war diese Ausdehnung bestritten,

wenn wirklich die Sache unzweifelhaft vorhanden ist, von besonderem Werth seyn könnte, gerade auch eine Condiction, vorzugsweise vor der Vindication, zu erhalten: denn die eine dieser Klagen giebt ihm in einem solchen Fall nicht mehr als die andere. — Es ist also wohl zu bemerken, daß die ganze Schwierigkeit und die dadurch nöthig befundene Anomalie lediglich durch die hergebrachten Klagformulare herbeygeführt wurde. Daher ist es eigentlich sehr unpassend, daß in Justinians Institutionen die Sache noch so, wie bey Gajus, vorgetragen wird, da man doch zu seiner Zeit die alten formulae schon längst bey Seite gelegt hatte, also auch nicht mehr mit dare oportere intendirte. Auch schon zu des Gajus Zeit wäre bey dem Gebrauch der Formel dare facere oportere gar keine Schwierigkeit gewesen, da diese auch das bloße restituere in sich schloß; wahrscheinlich wollte man aber dem Bestohlenen auch die eigenthümlichen Vortheile der Formel dare oportere nicht entgehen lassen, von welchen noch unten die Rede seyn wird. Die Ungewißheit freylich, mit ihren prozessualischen Gefahren, blieb immer übrig.

späterhin ist sie bestimmt anerkannt worden (a); es ist aber nicht zu läugnen, daß dazu weniger dringender Grund vorhanden ist, als bey der gestohlenen Sache, indem ein Grundstück nicht zerstört, und auch der gegenwärtige Besitzer leicht erforscht werden kann.

Andere Ausdehnungen der Condiction sind nur scheinbar, indem die Fälle, worauf sie bezogen werden, schon unter dem ursprünglichen Begriff derselben unmittelbar enthalten sind.

So gilt zwar unzweifelhaft die Condiction im Fall des gewaltsamen Raubes (b); aber Dieses ist nicht Ausdehnung, da der Raub, eben so wie der heimliche Diebstahl, ein wahres, eigentliches furtum ist (c).

Eben so gilt die Condiction bey der Entwendung unter Ehegatten (d); aber auch diese Handlung ist ein wahres, eigentliches furtum, dessen Folgen nur, aus Schonung des ehelichen Verhältnisses, etwas gemildert werden sollen (e).

(a) Labeo war dagegen, Sabinus, Celsus, Ulpian dafür, und ihre Meynung ist von Justinian durch die Aufnahme folgender Stellen anerkannt. *L.* 25 § 1 *de furtis* (47. 2.), *L.* 2 *de cond. trit.* (13. 3.).

(b) *L.* 2 § 26 *vi bon. rapt.* (47. 8.), *L.* 1 § 1 *de cond. trit.* (13. 3.).

(c) *L* 1, *L.* 2 § 10. 26 *vi bon. rapt.* (47. 8.).

(d) *L.* 17 § 2 *rer. amot.* (25. 2.). Nur darüber kann man zweifelhaft seyn, ob die actio rerum amotarum selbst eine condictio ist (*L.* 26 *eod.*), oder ob neben ihr die davon verschiedene condictio furtiva gilt (*L.* 21 § 5 *eod.*). Doch ist es nicht schlechthin nöthig, zwischen diesen Stellen einen Widerspruch anzunehmen. Das allgemeine Princip der condictio sine causa paßt hier, wie bei jedem anderen Diebstahl (Num. XV.).

(e) *L.* 1 *L.* 29 *rer. amot.* (25. 2.).

XVII.

Nach der hier gegebenen Darstellung ist also die condictio furtiva keine Delictsklage, indem sie nicht, so wie die furti und doli actio, aus einem Delict entsteht; sie entsteht vielmehr, eben so wie jede andere condictio sine causa, aus des Gegners grundloser Bereicherung durch unser Eigenthum, also aus einem als Quasicontract zu bezeichnenden Rechtsgeschäft. Daneben soll jedoch nicht bestritten werden, daß sie bey Gelegenheit eines Delicts entsteht, ja daß das Daseyn desselben die nothwendige Voraussetzung ist, ohne welche sie, mit der oben dargestellten eigenthümlichen Natur, gar nicht entstehen kann.

Diese Meynung aber ist keinesweges allgemein anerkannt, vielmehr ist die Natur dieser Klage, und namentlich die Frage, ob sie ex delicto entsteht oder nicht, seit Jahrhunderten Gegenstand einer großen Controverse unter den Rechtslehrern (a). Für die Richtigkeit der hier aufgestellten Lehre von den Condictionen ist aber diese Frage sehr wichtig. Denn wenn jene Condiction wirklich eine Delictsklage ist, so ist damit jene Lehre schwer zu vereinigen. Selbst die

(a) Einer der neuesten Vertheidiger der Delictsnatur dieser Klage ist Francke Beyträge S. 28—33. Schriftsteller über diese Streitfrage finden sich reichlich angeführt bey Glück B. 13 § 839. Die Ableitung aus einem quasicontractus findet sich schon bey Anderen, z. B. Lyclama benedictor. Lib. 1 C. 1—8. — Krug de condict. furt. Lips. 1830 p. 8—12 hält sie zwar für eine Delictsklage, will aber ihre Entstehung (ohne hinreichende Gründe) aus der Fiction eines Abfindungsvertrags ableiten, und daraus ihre Eigenthümlichkeiten erklären, z. B. den Übergang auf die Erben des Diebes.

exceptionelle Natur der condictio furtiva würde dagegen wenig Schutz gewähren, da ich selbst darzuthun gesucht habe, daß diese Natur keinesweges der Klage überhaupt, sondern nur einer einzelnen Anwendung derselben zuzuschreiben ist (Num. XV.). Durch folgende Gründe nun glaube ich die Delictsnatur der Klage völlig widerlegen zu können.

Zuerst setzt sie Ulpian in folgender Stelle wörtlich und ganz bestimmt allen Klagen ex maleficio entgegen, indem er jedoch bemerkt, daß die Compensation auf sie, eben so wie auf jene Klagen (zu welchen sie also nicht gehört) anwendbar sey (b):

> Quotiens *ex maleficio* oritur actio, *utputa ex causa furtiva*, ceterorumque maleficiorum, si de ea pecuniarie agitur, compensatio locum habet. *Idem est et si condicatur ex causa furtiva.*

Es giebt also nach dieser Stelle, aus Veranlassung des Diebstahls (ex *causa* furtiva), zwey verschiedene Klagen. Die eine ist ex maleficio (unzweifelhaft die furti actio); die andere (die also nicht ex maleficio oritur) ist die condictio furtiva.

Das in dem Diebstahl enthaltene Delict wird ganz auf gleiche Weise angenommen bey dem Diebe selbst, und bey dessen Gehülfen und Rathgebern, und diese alle werden von derselben Strafe betroffen, wie der Dieb (c). Die

(b) *L.* 10 § 2 *de compens.* (16. 2.).

(c) § 11 *J. de oblig. ex del.* (4. 1.).

Condiction aber geht gegen sie nicht (d), und diese Verschiedenheit ist nur daraus zu erklären, daß die Condiction gar nicht aus dem Delict entspringt, sondern aus der Thatsache der grundlosen Bereicherung, einer Thatsache, die von dem zugleich vorhandenen Delict völlig verschieden, und dagegen mit vielen anderen Fällen der Bereicherung, die keine Beziehung auf ein Delict haben, ganz gleichartig ist.

Ganz entscheidend sind ferner die Rechtsverhältnisse, welche eintreten, wenn der Diebstahl von einem Sklaven, (oder auch von einem filiusfamilias) begangen wird. Hier sind die allgemeinen Rechtsregeln über die verpflichtenden Handlungen solcher abhängigen Menschen folgende (e):

1) Verhältnisse zu fremden Personen.

a) Der Herr des Sklaven kann belangt werden bald mit der actio de peculio, bald mit der actio noxalis, und zwar so, daß diese beide Klagen in einem ausschließenden Verhältniß zu einander stehen. Aus Contracten (und Quasicontracten) entsteht eine actio de peculio, niemals actio noxalis: aus Delicten actio noxalis, niemals de peculio (f).

b) Der Sklave selbst kann nach der Freylassung belangt werden aus Delicten, nicht aus Contracten; oder mit andern Worten, seine Obligationen aus Delicten sind nun civiles, die aus Contracten naturales (g).

(d) *L.* 6 *de cond. furt.* (13. 1.).

(e) Die Beweise dieser Sätze sind schon oben zusammen gestellt worden in der Beylage IV, Bd. 2 S. 424—428, und im System § 211. a.

(f) *L.* 49 *de O. et A.* (44. 7.).

(g) *L.* 1 § 18 *depos.* (16. 3.).

2) Verhältniſſe zu dem eigenen Herrn.

Aus Contracten entſpringen naturales obligationes, welche während der Gewalt und nach der Freylaſſung wirkſam ſind. Aus Delicten entſpringen hier gar keine Obligationen, weder civiles noch naturales, weder im Sklavenſtand, noch nach der Freylaſſung.

In allen dieſen Beziehungen nun zeigt ſich die condictio furtiva durchaus als eine Contractsklage (h), alſo in einer, der furti actio gänzlich entgegengeſetzten, Weiſe.

1) Wenn der Sklave oder Sohn einen Dritten beſtiehlt, ſo geht:

a) Gegen den Herrn oder Vater die Klage de peculio, alſo nicht noxalis, und auch de peculio nur, inſofern der Herr oder Vater durch den Diebſtahl reicher geworden iſt (i). Dieſe Beſchränkung aber iſt ſo zu erklären. Wenn das geſtohlene Geld ſogleich verſchwendet wird, ſo daß kein Werth im Vermögen zurück bleibt, ſo müßte auch gegen den gewöhnlichen Dieb eigentlich keine Klage gelten,

(h) Nämlich eigentlich quasi ex contractu, ganz wie die condictio indebiti, sine causa u. ſ. w., die durchaus denſelben allgemeinen Character an ſich tragen, wie die wahren Contractsklagen.

(i) *L.* 3 §12 *de peculio* (15. 1.) „... et est verius, *in quantum locupletior factus esset* ... actionem de peculio dandam" (nämlich die condictio, nach deren Zuläſſigkeit vorher gefragt worden war). — *L.* 30 *pr. de act. emti* (19. 1.) „... si jam traditus furtum mihi fecisset (nämlich wenn mich mein geweſener Sklave beſtahl, nachdem ich ihn veräußert hatte), aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem, aut eatenus haberem, *quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset.*" — *L.* 4 *de cond. furt.* (13. 1.) „quod ad eum pervenit" ſ. u. Num. XVIII, wo dieſe Stelle erklärt werden wird.

weil er nicht mehr bereichert ist; daß sie gegen ihn dennoch gilt, kommt nur daher, daß er als Dieb beständig in Mora ist. Ist nun der Dieb ein Sklave, so geht die Klage gegen den Herrn als actio de peculio, aber ohne diese schärfende Modification; denn da der Herr nicht Dieb ist, so ist er auch nicht in Mora, und kann also auch nur verklagt werden, insofern er eine gegenwärtige Bereicherung hat. Genauer muß man Dieses so ausdrücken: gegen den Herrn geht zwar die condictio, aber nicht als furtiva, sondern als die gewöhnliche, unmodificirte, sine causa (k).

b) Gegen den stehlenden Sklaven selbst geht die Condiction nach der Freylassung gar nicht, weil die ihr zum Grund liegende Obligation, als contractliche, nur naturalis ist, während die furti actio, als Delictsklage, allerdings gegen ihn geht (l).

(k) *L.* 30 *pr. de act. emti* (19. 1.) „ ... condictio eo nomine mihi adversus te competat, *quasi res mea ad te sine causa pervenerit.*" Genau genommen ist es hier auch deswegen keine eigentliche actio de peculio, weil diese Klage wegen Bereicherung des Herrn aus dem Diebstahl seines Sklaven selbst dann gelten muß, wenn der Sklave gar kein Peculium hatte. Darauf geht vielleicht der schwankende Ausdruck (aut omnino ... non haberem) der *L.* 30 cit. in Note i, und eben so auch der sonst zu uneingeschränkte Ausdruck der *L.* 5 *de cond. furt.* (13. 1.) „... numquam enim *ea condictione* alius, quam qui fecit, tenetur, aut heres ejus." Gewiß ist durch diese Worte auch die Möglichkeit verneint, die Condiction als actio noxalis anzustellen.

(l) *L.* 15 *de cond. furt.* (13. 1.) „Quod ab alio servus subripuit, ejus nomine liber *furti tenetur: condici autem ei non potest,* nisi liber contrectavit." Diese Stelle ist eigentlich die entscheidendste unter allen, und mit ihr läßt sich die Delictsnatur der condictio furtiva durchaus nicht vereinigen, da die Regel: noxa caput sequitur allgemein und durchgreifend für alle Delictsklagen

2) Wenn der Sklave den eigenen Herrn bestiehlt, so entsteht daraus die der Condiction eigene Obligation als naturalis, so daß durch sie das Peculium ipso jure vermindert wird, und sie wirkt als solche auch nach der Freylassung fort (m).

Endlich liegt ein entscheidender Grund gegen die Delictsnatur der Condiction auch in dem Umstand, daß sie unbedingt gegen den Erben des Diebes geht (n). Wäre sie eine Delictsklage, so würde der Erbe nur insoweit verpflichtet seyn, als er durch den Diebstahl bereichert wäre (o); sie hat aber eine contractliche Natur, und ihre Unabhängigkeit von fortdauernder Bereicherung gründet sich bey dem Diebe selbst auf dessen stete Mora: contractliche Klagen aber gehen regelmäßig gegen die Erben, und eben so wirkt die einmal begründete Mora von selbst fort (p), weshalb sie weder durch des Glaubigers, noch durch des Schuldners Tod unterbrochen wird (q).

gilt. — Die Schlußworte machen keine Schwierigkeit, denn die nach der Freylassung wiederholte Contrectation ist ein neuer Diebstahl, welcher, unabhängig von den vorhergegangenen Handlungen, die gewöhnlichen Folgen nach sich zieht.

(m) *L.* 30 *pr. de act. emti* (19. 1.) „... ipso jure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod *debitor meus ex causa condictionis sit factus.*"

(n) *L.* 5 *L.* 7 § 2 *de cond. furt.* (13. 1.).

(o) System § 211. h.

(p) *L.* 87 § 1 *de leg.* 2. (31. un.).

(q) *L.* 27 *de usuris* (22. 1.).

XVIII.

Es dürfen jedoch Zwey Stellen nicht verschwiegen werden, die gegen die Wahrheit der hier vorgetragenen Lehre Zweifel erregen könnten.

Die eine, von Ulpian herrührend, lautet also (a):

> Si servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id, *quod ad eum pervenit:* in residuum, *noxae servum dominus dedere potest.*

Auf den ersten Blick scheint diese Stelle die Condiction für eine Delictsklage zu erklären, die als actio noxalis gegen den Herrn angestellt werden könne. Da sie aber, so verstanden, allen vorher angeführten Beweisstellen geradezu widersprechen würde, so muß vermittelst einer andern Erklärung die Vereinigung gesucht werden. Ulpian warf sich die Frage auf, inwieweit das Vermögen eines Herrn durch den von seinem Sklaven begangenen Diebstahl gefährdet werden könne, und er beruhigt den Herrn damit, daß er niemals unbedingt für die durch den Diebstahl herbeygeführten Obligationen zu haften brauche; durch die Condiction könne er gar Nichts verlieren, da sie ihn nur nöthigen könne, Dasjenige heraus zu geben, Was ihm durch den Diebstahl als Bereicherung zugekommen sey; dann sey nur noch die furti actio übrig, die er allerdings als actio noxalis übernehmen, und wodurch er den noch übrigen Werth des Diebstahls (sogar erhöht, durch die

(a) *L.* 4 *de cond. furt.* (13. 1.).

Strafe) herauszahlen müsse; davon aber könne er sich in jedem Fall durch noxae datio frey machen, so daß also der Werth des Sklaven das Äußerste sey, welches er aus seinem Vermögen durch den Diebstahl einbüßen könne. — Allerdings wird hier Manches in die Stelle hinein getragen, wovon sie Nichts sagt, und dieses Verfahren kann hier nur durch die Nothwendigkeit der Vereinigung gerechtfertigt werden. Ohne Zweifel ist der Schein eines Widerspruchs nur durch die ungeschickte Art entstanden, wie die Compilatoren die Stelle excerpirt haben (b).

Die zweyte Stelle ist ein Rescript von Diocletian (c), nach welchem mehrere zugleich Stehlende mit der Condiction so belangt werden können, daß der Bestohlene von jedem Einzelnen nach freyer Auswahl das Ganze fordern darf, jedoch so daß die Zahlung des Einen die Andern befreyt. Dieses scheint auf eine Delictsklage, nämlich eine einseitige Strafklage, wie etwa die doli actio zu deuten, bey welcher Art der Klagen in der That diese Regel gilt (d). Wenn dagegen die Condiction, nach meiner Behauptung, durch die Bereicherung des Beklagten begründet wird, so scheint es, sie müsse ausschließend gegen Denjenigen unter den Dieben gelten, der allein das Geld an sich genommen hat, oder, wenn sie es getheilt haben, gegen Jeden für seinen Antheil. — Dieser allerdings scheinbare

(b) Wesentlich dieselbe Erklärung giebt Pothier Pand. Just. XIII. 1. Art. 1. Num. VIII. not. f.

(c) *L.* 1 *C. de cond. furt.* (4. 8.). Die Stelle ist oben abgedruckt, System § 211. b.

(d) System § 211. c.

Einwurf verschwindet durch dieselbe Betrachtung, wodurch dem Eigenthümer gestattet worden ist, seine noch vorhandene Sache mit der Condiction einzuklagen (Num. XV.). Denn wenn der Bestohlene genöthigt seyn sollte zu untersuchen, wie viel jeder einzelne Dieb von dem gestohlenen Gut erhalten hat, so würde für ihn dieselbe Verlegenheit und Prozeßgefahr entstehen, von welcher er dort befreyt werden sollte. Es erfordert also auch hier die einleuchtendste, unabweislichste Billigkeit, von der Strenge des Grundsatzes abzugehen, und dem Bestohlenen die freye Wahl des Beklagten unter allen einzelnen Dieben zu überlassen.

XIX.

Ich fasse das bisher im Einzelnen Dargestellte zu einem allgemeinen Überblick zusammen. Grund und Bedingung der Condictionen ist die mit der Entstehung einer Obligation verknüpfte Bereicherung des gegenwärtigen Schuldners aus dem Vermögen des Glaubigers, welche jetzt wieder rückgängig gemacht werden soll (a): und zwar bald

(a) Also nicht jede Bereicherung des Andern aus meinem Vermögen giebt mir ein Recht zur Rückforderung, sondern wenn ich für die eingetretene Bereicherung ein Recht zur Rückforderung habe, so ist die darauf zu richtende Klage eine Condiction. Dieses Recht zur Rückforderung wird hauptsächlich begründet durch den vorbehaltenen Willen (Darlehen), durch Irrthum (Indebitum u. s. w.), durch des Andern Eigenmacht (c. sine causa und furtiva). Entsteht aber die Bereicherung aus Liberalität (Schenkung), oder als Äquivalent für eine Gegenleistung (Kaufgeld, Miethgeld u. s. w.), so ist überhaupt keine Rückforderung zulässig, also auch nicht durch eine Condiction.

wirkliche Bereicherung, wie bey dem Darlehen, oder dem gezahlten Indebitum (Num. IV—VIII.), bald eine fingirte, wie bey der expensilatio, der Stipulation, dem Legat (Num. IX—XI.). Dazu kommen noch einige, nicht bedeutende, ganz positive Erweiterungen, die auf jenen Grundbegriff nicht zurück geführt werden können (Num. XII—XVIII.). Damit aber der Sinn dieser Regel schärfer hervor trete, ist es nöthig, nun noch die entgegengesetzten Fälle von Obligationen in's Auge zu fassen, die eben durch jenen Grundbegriff von der Anwendung der Condictionen ausgeschlossen, und auf andere Actionen verwiesen werden sollen.

Diese ausgeschlossenen Obligationen lassen sich auf Zwey Klassen zurück führen. Das Recht nämlich, dessen Genuß der Kläger durch eine Klage sucht, kann entweder noch jetzt in seinem Vermögen sich befinden, oder es kann noch niemals zu seinem Vermögen gehört haben. In beiden Fällen kann der Kläger nicht behaupten, daß er ein Stück seines Vermögens an den Gegner verloren habe, welches eben als Grundbedingung der Condictionen oben aufgestellt worden ist.

Die erste Klasse von Fällen ist schon oben erwähnt worden, und sie macht am Wenigsten Schwierigkeit. Es gehört dahin das Darlehen, solange das Geld aus irgend einem Grund noch nicht in des Empfängers Eigenthum übergegangen ist; hier wird vindicirt, nicht condicirt, denn beide Klagen stehen zu einander in einem ausschließenden Ver-

hältniß (Num. V.). Eben so das Depositum, Commodat, Pfand, vorausgesetzt, daß die Sache noch unzerstört bey dem Empfänger vorhanden ist; in diesen Fällen gelten, außer der Vindication, auch b. f. actiones, aber zu einer Condiction ist kein Grund vorhanden (b). Durch die Consumtion der Sache kann allerdings eine Bereicherung entstehen, und nun concurrirt die b. f. actio mit einer Condiction, so wie sie vorher mit der Vindication concurrirte (Num. VI.).

Auf gleiche Weise müßte eigentlich die condictio furtiva nicht gelten, solange der Dieb die gestohlene Sache in seinem Besitz behält, und es geschieht blos als Anomalie, daß sie hier dennoch zugelassen wird (Num. XV.).

XX.

Die zweyte Klasse von Fällen, worin die Anwendung der Condiction durch das aufgestellte Princip ausgeschlossen wird, beruht darauf, daß der Gegenstand der Forderung niemals zu des Klägers Vermögen gehört hat, folglich

(b) Man könnte einwenden, bey dem Pfandcontract wenigstens werde, wenn auch nicht Eigenthum, doch wenigstens ein jus in re, an den Empfänger veräußert, auf dessen Rückgabe also eine Condiction angestellt werden könne. Allein solange die Schuld unbezahlt ist, kann das Pfand mit keiner Klage zurück gefordert werden; wird sie aber bezahlt, so ist in demselben Augenblick auch das jus in re von selbst erloschen, ohne daß es dazu einer Rückübertragung bedarf. Anders war es bey der Fiducia, und auf deren Rückgabe (durch Remancipation) nach bezahltem Geld konnte ohne Zweifel mit einer Condiction geklagt werden, weil hier übertragenes Eigenthum zurück gefordert wurde (Num. V.). Vielleicht bezog sich ursprünglich auf eine Fiducia die *L.* 4 § 1 *de R. C.* (12. 1.), s. o. Num. VI. b.

als etwas ganz Neues geleistet, nicht zurück gegeben werden soll; denn dieses Zurückfordern des aus unsrem Vermögen Ausgegangenen ist eben der wahre Grund aller regelmäßigen Condictionen, wie es in Stellen des Römischen Rechts ausdrücklich anerkannt wird (a).

Dahin gehören zwey wichtige Arten der Obligationen; zuerst der größte Theil der bonae fidei contractus. In diesen, wie bey Kauf und Miethe, kommen ganz gleichartige Gegenstände der Forderung vor, wie bey den Condictionen, denn überall ist es ein dare oder facere, welches verlangt wird, zuweilen sogar ein reines dare (b), das doch sonst als der vorzüglichste und älteste Gegenstand der Condictionen gilt. Dasjenige nun, was hier gefordert wird, ist etwas ganz Neues, wie die Zahlung des Kauf- und Miethgeldes, die Tradition der verkauften Sache, die Besorgung und Vertretung von Geschäften bey der Societät und dem Mandat.

Aus demselben Grunde aber ist noch eine zweyte Art der Obligationen von der Anwendung der Condiction ausgeschlossen: die Civilklagen aus Delicten (c), sie mögen nun auf Geldstrafe, oder auf Entschädigung gerichtet seyn.

(a) *L* 1 *de R C.* „mox *recepturi* quid ex hoc contractu, *credere* dicimur" (s. o. Num. V. b.). *L.* 2 *pr. eod.* „Mutuum damus *recepturi* non eandem speciem, ... sed idem genus" etc. — Liebe Stipulation S. 364 erklärt das recipere vom Empfang einer Gegenleistung; aber dann wäre auch der Kauf ein credere, und Grundlage von Condictionen.

(b) *L.* 11 § 2 *de act. emti* (19. 1.) „Emtor autem numos *venditoris facere* cogitur." Dieses ist aber das eigentliche dare, im strengsten Sinn des Worts (Num. V. i.).

(c) Ich sage Civilklagen,

Bey der furti actio kommt Vieles zusammen, welches uns geneigt machen könnte, ihr den Character einer Condiction beyzulegen: sie entspringt aus dem jus civile, aus einer lex, ja aus derjenigen lex, die als die Grundlage des jus civile betrachtet wird, sie wurde endlich ohne Zweifel nicht vor einem arbiter, sondern vor einem judex verhandelt. Daß sie dennoch in der That keine Condiction war, folgt unwidersprechlich aus den unzähligen Stellen, worin sie erwähnt wird, ohne jemals den Namen condictio zu führen: noch mehr aus den Stellen, worin sie neben der condictio (furtiva) genannt, und stets von dieser unterschieden, ihr entgegengesetzt wird (d). Es erklärt sich Dieses aber lediglich daraus, daß die mit dieser Klage eingeforderte Geldstrafe niemals in des Bestohlenen Vermögen war, sondern erst jetzt dazu dienen soll, Denselben zu bereichern.

denn bey den prätorischen Delictsklagen versteht es sich schon wegen dieser ihrer Entstehung von selbst, daß sie nicht Condictionen seyn konnten.

(d) Vgl. oben Num. XVII. 1, ferner *L.* 7 § 1 *de cond. furt.* (13. 1.) „Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam." *L.* 14 *de cond. causa data* (12. 4.) „... cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse." *L.* 13 § 2 *de jurej.* (12. 2.) „et ideo neque furti, neque condicticia tenetur." *L.* 17 § 2 *de praescr. verb.* (19. 5.) „furti agere possum, vel condicere." — Es ist jedoch zu bemerken, daß in einigen wenigen Stellen für die condictio furtiva der Name furti actio gebraucht wird, während gewiß in keiner einzigen Stelle die wahre furti actio den Namen condictio führt. Dieser abweichende Sprachgebrauch erklärt sich, wenn man das Beywort: condictitia zu actio stillschweigend hinzu denkt. Der Ausdruck ist also nicht sowohl falsch, als unvollständig, und dadurch allerdings zweydeutig, zu Misverständnissen verleitend und tadelnswerth. Die Stellen hierüber sind schon oben angeführt § 232. h.

Eben so könnte man die actio L. Aquiliae für eine Condiction halten wollen, da sie gleichfalls aus einer lex alter Zeit herrührt, dennoch ist sie es nicht, man mag nun in ihr auf die Straferhöhung sehen, oder auf die reine Entschädigung. Der Strafzusatz nämlich hat, eben so wie die Strafe des Diebstahls, niemals zu dem Vermögen des Beschädigten gehört. Die Entschädigung, das heißt der Werth der zerstörten Sache, gehörte zwar zu diesem Vermögen, geht aber in den meisten Fällen nicht in das Vermögen des Thäters über. In den seltenen Fällen, worin dennoch ein solcher Übergang erfolgt, entspringt auch wirklich aus der That eine Condiction; allein diese ist dann keineswegs mit der actio L. Aquiliae identisch, vielmehr steht sie neben ihr, und der Beschädigte hat zwischen beiden die Wahl (Num. XIV.).

Der hier erklärte durchgreifende Unterschied der Condictionen von den civilen Delictsklagen wird in den Formeln dadurch ausgedrückt, daß die Intentio in jenen lautete: dare, oder dare facere oportere, in diesen: damnum decidere oportere.

Diese letzte Formel, da sie in solcher Allgemeinheit nicht angenommen zu werden pflegt, bedarf einer genaueren Erörterung.

Als Intentio der furti actio kommt bey Gajus die Formel vor: pro fure damnum decidi oportere (e), und mit diesen Ausdrücken stimmen mehrere Digestenstellen völ-

(e) Gajus IV. § 37. 45.

lig überein (f). Damnum decidere heißt hier: dem Bestohlenen gerecht werden, genug thun, sich mit ihm abfinden, und daher wird derselbe Ausdruck auch für den Vergleich, das heißt die Abfindung ohne Prozeß, gebraucht (g). Ja sogar kommt er vor, um die Handlung des Bestohlenen, der die Abfindung erhält, zu bezeichnen (h). Die regelmäßige Beziehung aber war die, in der angegebenen Formel enthaltene, auf die Verpflichtung des Diebes, und hier hatte der Ausdruck offenbar eine allgemeinere Bedeutung als der Ausdruck dare, da er auch die Addiction des fur manifestus in sich zu schließen fähig war, wofür doch unmöglich das Wort dare gebraucht werden konnte.

Von der Aquilischen Klage haben wir keine Formel übrig, ich halte aber für ihre Formel den Ausdruck damnum decidi oportere ohne allen Zusatz. Denn damnum war der eigenthümliche Name gerade dieses Delicts (i), und die umständliche Formel *pro fure* damnum decidere erklärt sich am Natürlichsten aus der Absicht, den Ausdruck damnum decidere auf einen Fall zu übertragen, für welchen derselbe nur durch einen individuellen Zusatz brauchbar und verständlich werden konnte. Man könnte gegen diese Behauptung einwenden, daß in der L. Aquilia selbst zweymal der Ausdruck vorkam: tantum aes *dare* damnas

(f) *L.* 61 § 1. 2. 5 *de furtis* (47. 2.), *L.* 7 *pr. de cond. furt.* (13. 1.); daneben auch noch das unbestimmtere damnum *praestare* in *L.* 61 *cit.* § 3. 5.

(g) *L.* 9 § 2 *de minor.* (4. 4.), *L.* 13 *C. de furtis* (6. 2.).

(h) *L.* 46 § 5 *de furtis* (47. 2.).

(i) Gajus III. § 210—219, besonders § 116 „damni *nomine*."

esto (also nicht damnum decidere) (k). Allein wenn man aus den erhaltenen Worten des Gesetzes die Formel construiren wollte, so würde Dieses die Condemnatio seyn müssen, und die Intentio müßte so lauten: Si paret, hominem Agerii a Negidio occisum esse, welche factische Fassung für eine alte Civilklage doch unmöglich anzunehmen ist. Ich denke mir die ganze Formel der Aquilischen Klage etwa so: 1) (Demonstratio:) Quod Negidius hominem Agerii injuria occidit. 2) (Intentio:) Si paret, Negidium ob eam rem Agerio damnum decidere oportere. 3) (Condemnatio:) Iudex quanti is homo in eo anno plurimi fuit tantum aes Agerio condemna, si non paret absolve (l).

Von den Formeln der übrigen Delictsklagen aus dem alten Civilrecht haben wir keine Spur; nach der Analogie der beiden angeführten, die unter allen die häufigsten und wichtigsten waren, können wir mit Wahrscheinlichkeit annehmen, daß auch ihre Intentio auf damnum decidere oportere gieng (m), woraus dann der Vortheil entstand, daß jede civile Delictsklage schon auf den ersten Blick von

(k) *L.* 2 *pr.* *L.* 27 § 5 *ad L. Aquil.* (9. 2.).

(l) Eine Bestätigung dieser Behauptung über die Formel der Aquilischen Klage, liegt noch in Dem, was aus Gajus IV. § 5 gefolgert werden muß, s. u. Num. XXV. XXVI.).

(m) Ich finde diesen Ausdruck nur noch in Anwendung auf einen Fall, der kein eigentliches Delict, aber doch ein verwandtes Rechtsverhältniß betrifft, nämlich bey der m. f. possessio, gegenüber der rei vindicatio, worauf die 12 Tafeln den doppelten Ersatz der Früchte als Strafe gesetzt hatten. Festus v. *Vindiciae:* „Si vindiciam falsum tulit, ... fructus duplione *damnum decidito.*"

den Contractsklagen unterschieden werden konnte. Vielleicht hatte jede dieser übrigen Delictsklagen noch einen characteristischen Zusatz in der Intentio, ähnlich dem Zusatz pro fure bey der furti actio; es ist aber auch möglich, daß nur bey dieser Klage (der wichtigsten unter allen Delictsklagen) ein solcher unterscheidender Zusatz nöthig gefunden wurde, so daß alle außer der furti actio blos den generischen Ausdruck damnum decidere oportere in der Formel gehabt haben mögen.

Aus demselben Grunde nun, wie bey den bisher betrachteten Klagen, könnte man eigentlich auch der Stipulationsklage den Character einer Condiction versagen wollen, da wir mit ihr gleichfalls meist etwas ganz Neues, das nie zu unsrem Vermögen gehört hat, einfordern. Daß sie dennoch stets eine Condiction ist, erklärt sich lediglich aus der Natur der Stipulation als eines fingirten Darlehens (Num. X.). Ja das Bedürfniß dieser Erklärung, wenn nicht die ganze Condictionenlehre in haltungslose Inconsequenz zerfallen soll, ist eine starke Bestätigung für die Richtigkeit dieser Auffassung der Stipulation.

XXI.

Die hier aufgestellte Lehre von den Condictionen soll nunmehr mit einigen besonders wichtigen Stellen alter Schriftsteller zusammen gehalten werden, um durch diese Vergleichung theils Bestätigung, theils Schutz gegen mögliche Einwürfe zu erhalten.

Die erste dieser Stellen, von Cicero herrührend, sagt: er kenne nur Drey Gründe, aus welchen baares Geld in bestimmter Summe durch ein strenges judicium gefordert werden könne: adnumeratio (datio), expensilatio, stipulatio (a). Der Name condictio kommt darin nicht vor, aber daß Cicero von derselben Klage reden will, die in unsren Rechtsquellen als certi condictio, oder condictio si certum petatur bezeichnet wird, ist nicht zu bezweifeln. Es fragt sich nun, inwiefern Cicero's Angabe der Fälle dieser Klage mit der hier vorgetragenen Lehre übereinstimmt.

Für die meisten Fälle ist die Übereinstimmung ganz einleuchtend. Denn adnumeratio umfaßt wörtlich nicht blos das Gelddarlehen, sondern auch das Depositum, welches der Empfänger angreift (Num. VI.), so wie die Auszahlung eines Indebitum und ähnliche Fälle (Num. VII.). Daß die Fälle der incerti condictio nicht erwähnt werden, macht keine Schwierigkeit, da Cicero, nach seiner eigenen Erklärung, nur von der auf eine bestimmte Geldsumme gerichteten strengen Klage reden will, das heißt also nur von der certi, nicht von der incerti condictio. Dagegen fehlen allerdings bey ihm einige Fälle, in welchen nach der oben vorgetragenen Lehre eine certi condictio vorkommen kann. Dahin gehören die Fälle, worin mein Geld in des Andern Hände kommt nicht durch meine Handlung,

(a) Cicero pro Roscio Comoedo C. 4. 5. Die Stelle ist schon oben abgedruckt Beylage XIII. Num. XI.

sondern durch des Andern Eigenmacht, wie der Diebstahl (Num. VIII. XV.); ferner fehlt bey ihm das Legat (Num. XI.). Um die von mir aufgestellte Lehre gegen diese Einwendung zu vertheidigen, könnte man sagen, diese Anwendungen der Condiction seyen erst nach Cicero's Zeit aufgekommen. Für das Legat wenigstens müssen wir diese Auskunft ganz bestimmt verwerfen, da die Begründung der in ihm enthaltenen Rechte aus den Zwölf Tafeln herkam; daher haben wir denn auch keinen Grund, für die übrigen hier genannten Fälle, wie die condictio furtiva, deren Entstehungszeit wir allerdings nicht kennen, eine solche chronologische Lösung des scheinbaren Widerspruchs anzunehmen. Auch dazu aber ist keine Veranlassung, jene Stelle aus des Verfassers Mangel an Rechtskenntniß, oder Ungenauigkeit des Ausdrucks zu erklären, um auf diesem Wege den Widerspruch zu beseitigen, da eine andere Auskunft weit näher liegt. Cicero wollte keine allgemeine Theorie der Actionen vortragen, sondern daraus jetzt nur Dasjenige heraus nehmen, Was zu dem vorliegenden Rechtsfall dienen konnte. Indem er also sagt, adnumeratio, expensilatio, stipulatio, seyen die Drey einzigen Wege zu einer certi condictio, muß sehr natürlich hinzugedacht werden: in Fällen wie der hier vorliegende. Der vorliegende Fall war aber ein contractliches, ein Geschäftsverhältniß, und es wäre eine pedantische Vorsicht gewesen, wenn Cicero noch besonders bemerkt hätte, daß hier die condictio furtiva und die Condiction aus einem Legat

nicht anwendbar sey, da ja in der ganzen Sache an einen Diebstahl oder an ein Testament gar nicht gedacht worden war (b).

Das aber ist in jedem Fall unwidersprechlich, daß Cicero jedes der drey von ihm genannten Rechtsgeschäfte als selbstständigen, unabhängigen Entstehungsgrund einer certi condictio anerkennt, jedes einzeln für sich, also namentlich die Stipulation für sich allein, ohne daß dabey etwa wieder ein Darlehen als Grundlage vorausgesetzt würde, von welchem ohnehin in dem vorliegenden Fall gar nicht die Rede war (c). Für jedes derselben erkennt er die sponsio tertiae partis als angemessene, wohlbegründete Einleitung des Rechtsstreits an, denn sie war bereits abgeschlossen worden, und er erkennt an, daß sie in jedem der drey Fälle verwirkt seyn würde, da er das Daseyn eines jeden derselben besonders zu widerlegen sucht.

Wenn man die Stelle des Cicero auf diese, gewiß ungezwungene, Weise erklärt, so kann sie, weit entfernt die hier vorgetragene Lehre von den Condictionen zu widerlegen, nur als eine Bestätigung derselben angesehen werden.

(b) Wesentlich dieselbe Erklärung findet sich bey Hollweg Versuche S. 40, und Gans Obligationenrecht S. 30.

(c) Die Grundlage des ganzen Rechtshandels war eine Societät gewesen, und die aus derselben entsprungene Schuld hätte nur vermittelst einer Expensilation oder Stipulation die certi petitio begründen können. Vgl. Puchta, neues Rheinisches Museum. B. 1. Num. XII.

XXII.

Zur Zeit der Legis actiones wurde der Name condictio für Zwey Klagen gebraucht, deren Form auf einer denuntiatio beruhte, welches die eigentliche Wortbedeutung von condictio gewesen seyn soll: lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re (a). Indem nun dieser Name nachher auf eine gewisse Art der formulae angewendet wurde, können wir doch nicht annehmen, daß Dieses ganz zufällig und gedankenlos geschehen sey, vielmehr muß ein innerer Zusammenhang die Anwendung des alten Kunstausdrucks auf einen neuen Rechtsbegriff veranlaßt haben. In der Form der Klage lag dieser Zusammenhang gewiß nicht, denn die Form der alten condictio war eben die denuntiatio, und gerade deswegen, weil diese bey der neuen condictio nicht vorkam, wird von dieser gesagt, daß sie ihren Namen non proprie, abusive, führe (b). Also kann der Zusammenhang nur in den Entstehungsgründen gesucht werden, in der besondern Natur der Rechtsverhältnisse, wofür die alte und die neue condictio gleichmäßig anzuwenden war. Hierin finden wir nun in der That einen völlig befriedigenden Zusammenhang, wenn wir nur den Worten: de omni certa re den erklärenden, näher bestimmenden Zusatz geben: mutuo data. Dann war die alte condictio nichts

(a) Gajus IV. § 19.
(b) Gajus IV. § 18, § 15 *J. de act.* (4. 6.).

Anderes als die Klage aus dem Darlehen, und zwar sowohl aus dem in Geld (L. Silia), als aus anderen Sachen (L. Calpurnia), unter welchen das Getreide ohne Zweifel der anwendbarste Gegenstand des Darlehens seyn wird (c). Gerade so aber ist ja auch die neue condictio die Klage aus dem Darlehen, und aus denjenigen Rechtsverhältnissen, deren Klagrecht als eine freyere Entwicklung der Darlehensklage angesehen werden kann.

Eine auffallende Bestätigung dieser historischen Herleitung liegt in dem Umstand, daß dem so aufgefaßten Gegensatz der condictio ex L. Silia und ex L. Calpurnia genau entspricht der neue Gegensatz der certi und triticaria condictio, von welchem weiter unten noch besonders die Rede seyn wird. Der räthselhafte Name der triticaria erhält auf diese Weise eine so einfache und natürliche Deutung, wie sie auf anderem Wege schwerlich wird gefunden werden können.

Selbst die Formel der neueren Condictionen ist großentheils aus der alten legis actio herüber genommen. Valerius Probus hat nämlich folgende Sigle: A. T. M. D. O., d. h. Ajo te mihi dare oportere (d), welche nach ihren

(c) Das Darlehen außer dem baaren Gelde kommt überhaupt nicht sehr häufig vor (Num. IV.), sowohl in unsren Rechtsquellen, als im wirklichen Lebensverkehr. Der gewöhnlichste Fall der Anwendung wird noch der seyn, wenn der Landmann, dessen Erndte von einem Unglück betroffen wird, für seine Haushaltung und für die Aussaat Getreide borgt, um es im nächsten Jahr, wenn die Erndte besser gelingt, wieder zu geben.

(d) Auctores latinae linguae ed. D. Gothofredus 1602 pag. 1453.

Anfangsworten aus einer legis actio hergenommen seyn muß, da in den formulae stets der Prätor, nicht der Kläger, als redend erscheint.

Es läßt sich aber hieran noch folgende allgemeinere Bemerkung anknüpfen. Die ältesten Legis Actionen (Sacramentum und Judicis postulatio) waren rein formeller Art, also auf den verschiedensten Inhalt gleich anwendbar. Die Legis actio per condictionem nahm schon auf das eigenthümliche Bedürfniß mancher materiellen Rechtsverhältnisse besondere Rücksicht, worin ein Fortschritt juristischer Ausbildung wahrzunehmen ist. In dem neueren System der formulae nahm der Prätor diese Condictionen als Grundlage seines Actionensystems auf, nur mit freyerer, vollständigerer Entwicklung ihres Princips. Insofern kann die Legis actio per condictionem als Vorbereitung und Übergang zu dem neueren Actionensystem angesehen werden. Nimmt man diesen inneren Zusammenhang an, so liegt darin zugleich eine Antwort auf die von Gajus als räthselhaft aufgeworfene Frage: warum die Legis actio per condictionem nöthig gefunden worden sey, da doch für ihre Zwecke das Sacramentum und die Judicis postulatio ausgereicht hätten (e).

XXIII.

Die L. 9 de R. C. (12. 1.) fängt, indem sie die Anwendung der certi condictio feststellen will, so allgemein

(e) Gajus IV. § 20.

an, daß man glauben möchte, es könnten alle andere persönliche Klagen entbehrt werden, indem die certi condictio zum Schutz aller Obligationen völlig ausreiche; ja selbst die incerti condictio erscheint nach der allgemeinen Fassung dieser Stelle entbehrlich.

> Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere.

Einigen Halt könnte man nun wohl noch in dem Ausdruck contractu suchen, wodurch die Klage wenigstens auf Vertragsverhältnisse beschränkt zu werden scheint. Allein selbst dieser Schutz wird uns wieder entzogen, theils durch die viel allgemeineren Ausdrücke ex omni causa, ex omni obligatione, theils dadurch daß der § 1 derselben Stelle sagt, die Klage könne auch auf ein Legat und auf das Delict der L. Aquilia angewendet werden.

Indessen muß uns gerade die durch den Schein jener Worte begründete übertriebene Ausdehnung wieder Beruhigung gewähren, indem es dennoch die Römer nöthig gefunden haben, neben jener Klage noch viele andere persönliche Klagen genau auszubilden. In der That ist denn die Meynung Ulpians folgende. Damit die certi condictio gelte, sind gewisse positive Bedingungen nöthig; worin diese bestehen, drückt er hier nicht aus, es sind aber Diejenigen, welche oben, der Reihe nach, aufgestellt wor-

den sind (a). Wo sich nun diese Bedingungen finden, da kommt Nichts darauf an, welcher Art übrigens das unter den Parteyen obwaltende Rechtsverhältniß seyn möge, denn jene Bedingungen sind mit den allerverschiedensten Rechtsverhältnissen vereinbar. Die Entstehung der certi condictio (das Daseyn ihrer eigenthümlichen Bedingungen vorausgesetzt) ist also überall möglich, ohne Unterschied ob ein Contract oder ein anderes Verhältniß zum Grund liege, und wenn es ein Contract ist, kann dieser certus oder incertus seyn, ohne die Entstehung der certi condictio zu hindern.

Diese letzte Bestimmung („sive ex incerto") hat, nicht mit Unrecht, von jeher die allergrößten Zweifel erregt, und der wahre Grund derselben liegt in der Zweydeutigkeit des Ausdrucks, indem man diesen an sich sowohl auf die Unbestimmtheit des Gegenstandes, als auf die der Contractsart beziehen kann. Entschieden in dem ersten Sinn heißt incerta *stipulatio* eine Stipulation von ungewissem Gegenstand, wohin unter andern das Versprechen einer Arbeit gehört, die immer erst durch eine noch ungewisse Schätzung in einen bestimmten Werth verwandelt

(a) Auf den ersten Blick scheint dieser Theil der Erklärung willkührlich in die Stelle hinein getragen; allein eine sehr bestimmte Hinweisung darauf liegt in den Worten: ex omni obligatione, *ex qua certum petitur* (i. e. peti *potest*.). Das will sagen: wenn das Rechtsverhältniß so geeignet ist, daß daraus die Zulässigkeit einer condictio certae pecuniae hergeleitet werden kann, so kommt dann auf die übrige Natur und Benennung desselben Nichts an.

werden kann (b). Dieſe Bedeutung iſt in unſrer Stelle völlig unmöglich, denn wenn man den incertus contractus in dieſem Sinn als Grundlage einer möglichen certi condictio anſehen wollte, ſo bliebe für die incerti condictio gar kein Raum mehr übrig. Ulpian denkt alſo an die Unbeſtimmtheit der Contractsart, mit welcher die Begründung einer beſtimmten Geldforderung, alſo einer certi condictio, wohl vereinbar iſt. In dieſem Sinn ſind certi contractus die Stipulation, das Darlehen, der Kauf u. ſ. w., incerti ſolche Verträge, die entweder gar keinen individuellen Namen führen, oder, wegen ihrer zweydeutigen Natur, zwiſchen mehreren beſtimmten Contracten in der Mitte ſchweben (c); von ſolchen incerti contractus redet hier Ulpian.

Die ſcheinbare Allgemeinheit der hier behandelten Stelle iſt vom Mittelalter her den Juriſten ſehr bedenklich erſchienen. Schon ſeit der Gloſſe war es gewöhnlich, um dieſer Stelle Willen, neben der condictio certi ex mutuo, eine condictio certi generalis anzunehmen (d). Theils

(b) *L.* 74. 75 *de V. O.* (45. 1.). — Die Ausdrücke certus, incertus contractus kommen noch in einigen anderen Stellen vor, in welchen es mir zweifelhaft iſt, ob ſie in dem einen oder dem anderen Sinn gebraucht werden. *L.* 18 *pr. de acceptil.* (46. 4.), *L.* 1 § 6 *de pec. const.* (13. 5.). Vgl. Heffter in Gajum Lib. 4 p. 68.

(c) *L.* 1—4 *de praescr. verb.* (19. 5.). Es iſt alſo ungefähr das, Was die neueren Innominatcontracte nennen, doch nur ungefähr, weil dieſe letzten wieder zu ſehr auf das do ut des aut facias, facio ut des aut facias, beſchränkt ſind.

(d) Glossa in L. 9 de R. C. (12. 1.). — Cujacius in Opp. V. 399, VII. 650, X. 164.

waren dieſe Namen unächt, theils wußte man der zweyten unter dieſen Klagen gar keine beſtimmte Gränzen anzuweiſen. — Weit irriger aber und folgenreicher iſt die von neueren Schriftſtellern aufgeſtellte Anſicht (e), nach welcher es ſtets in der Willkühr eines Glaubigers geſtanden haben ſoll, Forderungen irgend einer Art in ein certum zu verwandeln, und mit einer certi condictio zu verfolgen, wenn er es nur darauf wagen wollte, ob die richterliche Schätzung geringer ausfallen würde, als die von ihm ausgeſprochene Summe, in welchem Fall er freylich, als plus petens, ſein ganzes Recht verlieren mußte. So hätte alſo z. B. Jeder, Welchem in einer Stipulation Arbeit verſprochen war, auf eine Geldſumme von 100 condiciren können, und er hätte den Prozeß gewonnen, wenn der Richter jene Arbeit zu 100 oder noch höher taxirte. Dieſe Anſicht nun muß durchaus verworfen werden. Schon im Allgemeinen war eine ſo regelloſe Willkühr in dem Gebrauch der verſchiedenen Formeln ganz gegen den Sinn des älteren Rechts, indem die Formeln gerade dazu dienen ſollten, jedes Rechtsverhältniß in ſeinen individuellen Gränzen feſt zu halten (f). Ganz entſcheidend aber gegen jene Meynung iſt der Umſtand, daß in dem angeführten Fall die Intentio auf Centum dare oportere deswegen ver-

(e) Am Beſtimmteſten von Haſſe Weſen der actio S. 75.

(f) Allerdings kamen auch mancherley Umbildungen der Formeln vor (Beylage XIII. Num. XVI—XIX.), allein dieſe ſtanden gleichfalls unter beſtimmten Regeln, und hiengen keineswegs von dem bloßen Gutfinden des Klägers in jedem einzelnen Falle ab.

worfen werden muß, weil eine Geldſchuld gegenwärtig gar nicht vorhanden iſt, ſondern erſt künftig durch das richterliche Urtheil entſtehen kann (g). Es würde alſo hier aliud pro alio eingeklagt ſeyn, Welches ſtets die Folge hatte, daß die angeſtellte Klage abgewieſen wurde, eine neue aber, auf den wahren Gegenſtand der Schuld, möglich blieb, indem in jenem Misgriff kein plus petere enthalten war (h). Daher würde es auch ganz unzuläſſig ſeyn, zur Unterſtützung dieſer Meynung die in unſrer Stelle vorkommende Worte: ex qua certum petimus geltend zu machen, gleich als wollten dieſe Worte ſagen: „ſobald es uns nur gefällt, unſere Forderung auf eine genau beſtimmte Geldſumme zu richten.“ Der wahre Sinn dieſer Worte iſt ſchon oben angegeben worden (Note a).

XXIV.

Die bis jetzt verſuchte Erklärung der angeführten Digeſtenſtelle hat, in Beziehung auf die oben aufgeſtellte Lehre von den Condictionen, eine blos abwehrende Natur gehabt, ich will aber nunmehr denjenigen Theil der Stelle

(g) *L.* 37 *de V. S.* (50. 16.). „Verbum *oportere* non ad facultatem judicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur.“ Vgl. Syſtem § 216.

(h) Gajus IV. § 55. — Nicht unmittelbar hierher gehört § 53 „sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet,“ denn Dieſes geht, nach den vorhergehenden Worten, lediglich auf die Gefahr des plus petere.

anführen, welcher unmittelbar als Bestätigung jener Lehre angesehen werden kann.

L. 9 § 3 *de R. C.* (12. 1.).

> Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, *sive re fuerit contractus factus, sive verbis, sive conjunctim* ....

Der Sinn dieser Worte ist folgender: Die Condiction überhaupt kann begründet werden re (durch Darlehen, Indebitum u. s. w.), oder durch Stipulation, oder auch durch die Verbindung beider Vertragsformen; eine certi condictio insbesondere, wenn das Geben oder die Stipulation baares Geld zum Gegenstand hat. — Ich halte es für unzweifelhaft, daß Ulpian noch hinzugesetzt hatte: *sive literis*, und daß diese Worte von den Compilatoren aus dem sehr nahe liegenden Grunde weggelassen wurden, weil die expensilatio aus dem wirklichen Leben verschwunden war. Nimmt man nun Dieses an, so stimmt die Stelle völlig mit den oben dargestellten Bedingungen und Gränzen der Condictionen, und eben so sehr mit der Stelle des Cicero (Num. XXI.) überein. Ja ihr Ausdruck ist sogar noch genauer und vollständiger, als der des Cicero. Denn die condictio sine causa, mit Einschluß derjenigen Gestalt ihrer Anwendung, worin sie den besonderen Namen condictio furtiva führt, kann nicht wohl auf eine datio oder adnumeratio zurück geführt werden (welches Cicero's Ausdruck ist), anstatt daß der von Ulpian gebrauchte allgemeinere

Ausdruck re contractus factus auf sie völlig anwendbar ist (a).

Durch diese Erklärung des Ulpian sind nun von der Anwendung der certi condictio (wir dürfen hinzu setzen, jeder Condiction überhaupt) völlig ausgeschlossen zuerst alle Delictsobligationen. Denn wenngleich von ihnen gesagt wird: re *consistunt* obligationes, oder ex re *actio* venit (b), so wird doch gewiß niemals der Ausdruck: re *contractus* factus von ihnen gebraucht. Ferner sind dadurch ausgeschlossen die *consensu* contractus facti, denn diese waren von solcher Wichtigkeit, daß sie unmöglich von Ulpian aus Versehen weggelassen werden konnten, und eben so ist kein Grund denkbar, weshalb die Compilatoren sie weggestrichen haben sollten, wenn Ulpian sie wirklich erwähnt hätte. Hierin also liegt eine augenscheinliche Übereinstimmung mit den für die Condictionen oben vorgezeichneten Gränzen.

Eben darin aber möchte man nun auch einen Widerspruch finden zwischen den hier von Ulpian aufgestellten engen Gränzen, und der im Anfang der ganzen Stelle ausgedrückten gränzenlosen Ausdehnung (ex omni causa, ex omni obligatione). Dieser scheinbare Widerspruch aber löst sich theils durch den schon oben bemerkten Zusatz: ex qua certum petitur, theils durch folgende Betrachtung. Wenn

(a) Nämlich in derjenigen sehr gewöhnlichen Bedeutung von contractus, worin das Wort auch die Quasicontracte, wie Tutel, negotiorum gestio u. s. w. umfaßt, wie z. B. in *L.* 23 *de R. J.* (50. 17.).

(b) *L.* 4 *L.* 46 *de O. et A.* (44. 7.).

irgend ein außer jenen engen Gränzen liegendes Rechtsverhältniß dennoch eine Condiction erzeugt, so liegt der Grund stets darin, daß demselben eine re contracta obligatio wirklich beygemischt ist. Wenn z. B. bey Gelegenheit einer Societät oder eines Mandats die Condiction entspringt (Num. VI.), so finden sich zwey ganz verschiedene Obligationen vereinigt, die aus dem Consens und die aus dem anvertrauten Geld. Jede derselben hat ihre eigene Natur, Wirkung, Klage; soweit aber die eine Klage den Gegenstand der anderen bereits erschöpft hat, ist die andere nicht mehr möglich. Eben so, bey der körperlichen Beschädigung, die Obligation aus dem Delict (actio L. Aquiliae) und die aus der zufällig daraus entsprungenen Bereicherung (condictio). — Die Annahme solcher zusammengesetzten Obligationen, die aus einer und derselben Thatsache entspringen, ist auch nicht etwa zur Vertheidigung der aufgestellten Condictionenlehre erfunden, vielmehr kommt sie auch anderwärts in ganz unzweifelhaften Fällen vor (c).

Aus der wichtigen und schwierigen *L.* 9 *de R. C.* (12. 1.) bleibt nun noch ein einziger Fall für unsren Zweck zu erklären übrig. Nach dem § 1 soll die certi condictio

(c) Vgl. z. B. *L.* 18 § 1 *commod.* (13. 6.), wenn nämlich der Empfänger eines Depositum oder eines Commodats die Sache zerstört oder verdirbt. Hier concurrirt mit der actio L. Aquiliae die Contractsklage auf dieselbe Weise, wie in den oben angeführten Fällen die condictio wegen der Bereicherung.

auch ex Senatusconsulto eintreten können, wenn nämlich Derjenige die Klage anstellt, Welchem eine Erbschaft ex Trebelliano Sc. restituirt ist (d). Dieses läßt sich schwerlich anders erklären, als von einer in der Erbschaft enthaltenen Condiction, die etwa aus einem Darlehen oder einer Stipulation des Verstorbenen entstanden war. In diesem Fall ist nun freylich der Entstehungsgrund jener Condiction der Vertrag, und das Senatusconsult ist nur das Mittel der Übertragung auf den gegenwärtigen Kläger, so daß der Ausdruck: *ex* Senatusconsulto agetur nicht ganz genau ist. Allein er ist nicht ungenauer, als der vorhergehende Ausdruck: *ex* lege Aquilia, welcher eigentlich sagen soll: ex *causa* legis Aquiliae, oder ex eo facto, quod lege Aquilia coercetur; denn die Lex Aquilia selbst hatte über die besondere Befugniß zur Condiction so wenig Etwas bestimmt, als das Sc. Trebellianum.

XXV.

Die wichtigsten Stellen aber über die Natur der Condiction sind die des Gajus, die um so mehr eine genaue Auslegung erfordern, als das mangelhafte Verständniß derselben neuere Schriftsteller bald zu Irrthümern über die Condiction verleitet hat, bald zu dem ungegründeten Vorwurf, daß jene Stellen ungenau, schwankend, widersprechend abgefaßt seyen.

Die Hauptstelle ist folgende.

(d) Vgl. Hefter in Gajum lib. IV. p. 67.

Gajus IV. § 5.

Appellantur autem in rem quidem actiones, vindicationes; in personam vero actiones, *quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones* (a).

Alles kommt darauf an, in welchem Sinn der Zwischensatz: (quibus .. intendimus) aufgefaßt wird. Auf den ersten Blick möchte man geneigt seyn, ihm eine blos erklärende Bedeutung beyzulegen, als ob gesagt wäre: „alle persönliche Klagen, das heißt die mit dari fierive, werden condictiones genannt." Dann würde die Stelle nicht blos die oben aufgestellte Lehre widerlegen, sondern mit dem ganzen Sprachgebrauch der Digesten im Widerspruch stehen, nach welchem nur ein mäßiger Theil der persönlichen Klagen den Namen der Condictionen führt. Daher ist denn jener Zwischensatz vielmehr in einer einschränkenden Bedeutung zu verstehen, so daß die ganze Stelle diesen Sinn hat:

Condictiones heißen diejenigen persönlichen Klagen, deren Intentio auf dari oder fieri gerichtet ist.

So verstanden aber ist der Satz durchaus richtig, und

(a) Fast ganz gleichlautend ist § 15 *J. de act.* (4. 6.), nur mit folgenden, wenig bedeutenden, Abweichungen: „Appell*amus* in rem (ohne autem) ... d*are* facer*e* oportere intendi*tur*." Die unveränderte Aufnahme dieser Stelle, zu einer Zeit worin alle Intentiones längst verschwunden waren, ist freylich unglaublich gedankenlos. Man muß nun den Zwischensatz in der That als bloße Erklärung auffassen, so daß es bey Justinian wirklich so viel heißt, als: alle persönlichen Klagen führten den Namen condictiones; Welches aber freylich zu dem Sprachgebrauch der Digesten, und selbst mancher Institutionenstellen, wenig paßt.

stimmt zugleich mit der oben vorgetragenen Lehre völlig überein. Um Dieses beweisen zu können, muß ich folgende Bemerkungen über den Sprachgebrauch vorausschicken.

Dare heißt, im strengen Sinn der formulae, Verschaffen des Eigenthums ex jure quiritium (Num. V. i.), also eine ganz beschränkte Art der Thätigkeit. Facere dagegen ist der umfassende Ausdruck für jedes Thun oder Lassen, sey es juristischer oder faktischer Art, so daß darunter unter andern auch zu verstehen ist das dare, solvere, numerare, judicare, ambulare, reddere, non facere, curare ne fiat (b).

Bey contractlichen Verhältnissen nun, das heißt bey Rechtsgeschäften, kommen nur zweyerley intentiones in jus conceptae vor: si paret, centum (oder fundum, servum) *dari* oportere, und: quidquid *dari fieri* oportet; irgend eine andere Formel, und namentlich ein bloßes facere oder fieri oportere, kommt nicht vor (c). — Dieses hängt aber so zusammen. Eigentlich wäre überall das bloße facere

(b) *L.* 218. 175. 189 *de V. S.* (50. 16.).

(c) Nur die Verschiedenheit findet sich noch, daß die Condictionen blos die oben angegebenen Ausdrücke hatten, die b. f. actiones hinter dem oportet noch den Zusatz: ex fide bona. — Einen Anstoß könnte man finden an der bald activen, bald passiven Form des dare facere; damit verhält es sich so. In den wirklichen Formeln wurde stets eine bestimmte Person als Schuldner bezeichnet, und dazu paßte natürlich nur die active Form (z. B. quidquid Negidium dare facere oportet); wenn aber auf abstracte Weise von solchen Intentionen gesprochen wurde, konnte sowohl die eine als die andere Form gebraucht werden, wie es oben (Note a.) an dem Beyspiel des Gajus, verglichen mit den Justinianischen Institutionen, gezeigt worden ist.

oportere ausreichend gewesen, da es das dare mit umfaßte. Da aber die Formel mit dare manche eigenthümliche Wirkungen und Vortheile mit sich führte, wie sich unten zeigen wird, so intendirte man auf dare, wo ein Rechtsgrund hierzu vorhanden war, um den Prätor und den Juder darauf hinzuweisen, daß er diese Folgen zur Anwendung bringe. Dare facere aber hieß soviel als dare *aut* facere (d), war also alternativ zu verstehen, und drückte daher aus, daß dem Juder freye Hand gelassen werde, auf dare, oder auf irgend ein anderes Thun, oder auch auf Beides neben einander, zu erkennen. Dieses war auch für die Fälle hinreichend, worin die Obligation gar nicht auf dare, sondern etwa blos auf Arbeit gerichtet war; es war kein Interesse dabey, Formeln mit einem bloßen facere oportere aufzustellen, da mit diesen nicht, so wie bey dem bloßen dare, besondere Vortheile verbunden waren.

XXVI.

Dieses vorausgesetzt, soll nun gezeigt werden, daß die Erklärung der condictio, welche so eben aus Gajus angegeben worden ist, völlig hinreicht, alle die Klagen von den Condictionen auszuschließen, die ich oben davon aus-

(d) *L.* 53 *pr. de V. S.* (50. 16.) „Saepe ita comparatum est, ut conjuncta pro disjunctis accipiantur... Cum vero dicimus, *quod eum dare facere oportet*, quodvis eorum sufficit probare." Es braucht also nicht Beides verbunden, als rechtlich begründet, nachgewiesen zu werden, sondern nur Eines oder das Andere.

geschlossen habe (a). Es sind nämlich dadurch ausgeschlossen:

1) alle prätorische Klagen, da diese überhaupt nur eine Intentio in factum concepta hatten (System § 216.).

2) alle Civilklagen in rem, denn deren Intentio lautete auf rem (servitutem, hereditatem) suam esse.

3) alle civile Delictsklagen, denn deren Intentio lautete bey der furti actio ganz sicher: pro fure damnum decidere oportere; bey der actio L. Aquiliae höchst wahrscheinlich blos: damnum decidere oportere; bey anderen Civildelicten wahrscheinlich auf ähnliche Weise (b).

4) alle bonae fidei actiones, denn deren Intentio hatte am Schluß noch den Zusatz: ex fide bona (c).

Bey dieser Art, die einzelnen Klassen der Klagen durch besondere Formen der Intentio zu unterscheiden, scheint sehr willkührlich und grundlos die Fassung der civilen Delictsklagen, da man glauben sollte, das ganz allgemeine facere hätte auch für diese ausgereicht, ja sogar schon das bloße dare, indem der Erfolg dieser Klagen, und selbst der ursprüngliche Inhalt der ihnen zum Grund liegenden Obligation, stets in einer Geldzahlung bestand. Allein jene eigenthümliche Intentio hatte eben den Zweck, diese Klagen auf eine recht anschauliche Weise von den übrigen

(a) Vgl. oben Num. I. und Beylage XIII. Num. VI.

(b) Vgl. oben Num. XX.

(c) Vgl. oben Note c. — Man muß also bey Gajus die Worte quibus dari ... intendimus ganz streng nehmen, nämlich so: mit diesen Worten, und zwar mit ihnen allein, ohne allen weiteren Zusatz.

zu unterscheiden. Dieses konnte unter andern bey einer Novation von Wichtigkeit seyn; wenn nämlich expromittirt wurde quidquid furem dare facere oportet, so war blos der Inhalt der condictio furtiva gemeynt, und die furti actio blieb daneben noch bestehen, so daß durch dieses Mittel die zwey verschiedenen Obligationen des Diebes recht augenscheinlich abgesondert, und Misverständnisse hierüber leichter vermieden wurden (d).

Im ältesten Recht bestand noch ein anderer, und nicht unwichtiger Grund, weshalb die furti actio nicht mit dare facere oportere gefaßt wurde. Nach den Zwölf Tafeln nämlich sollte der fur manifestus nicht an Geld, sondern durch den Verlust der Freyheit bestraft werden, er sollte die Addiction erleiden. Dieses Übel konnte man weder dare noch facere nennen, der unbestimmte Ausdruck decidere war auch darauf anwendbar, und so lag hierin das Mittel, die verschiedenen Arten der furti actio unter Einer passenden Formel zusammen zu fassen. Seitdem der Prätor für das furtum manifestum die Geldstrafe des vierfachen Werthes eingeführt hatte, fiel dieser Beweggrund freylich hinweg.

So erscheint also die Definition der condictio bey Gajus sehr präcis und völlig befriedigend. Nicht dasselbe Lob verdient eine Stelle des Ulpian, worin geradezu condictio für ganz gleichbedeutend mit in personam actio er-

(d) Ein solcher Fall wird erwähnt in *L.* 72 § 3 *de solut.* (46. 3.).

klärt wird (e). Dieſes wird auch dadurch nicht gebeſſert, daß nachher, ſcheinbar übereinſtimmend mit Gajus, hinzugeſetzt wird: In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis *ad faciendum aliquid vel dandum.* Denn eine ſolche Verpflichtung auf dare oder facere findet ſich in der That bey allen Obligationen ohne Ausnahme, iſt alſo nicht der unterſcheidende Character der Condictionen. Da aber dieſe Stelle des Ulpian mit ſo vielen anderen Stellen deſſelben Verfaſſers in entſchiedenem Widerſpruch ſteht, ſo iſt mit großer Wahrſcheinlichkeit anzunehmen, daß ſie von den Compilatoren ſtark umgeändert worden iſt. — Von einer Inſtitutionenſtelle iſt ſchon oben (Num. XXV. a.) bemerkt worden, daß ſie den Worten nach mit Gajus gleichlautend iſt, dem Sinne nach die condictio für jede perſönliche Klage überhaupt erklärt. — Eine ähnliche Erweiterung des Sprachgebrauchs, doch weniger entſchieden, findet ſich in einer Stelle des Coder (f).

Weit wichtiger und bedenklicher würde es ſeyn, wenn ſich Stellen der alten Juriſten nachweiſen ließen, worin bey einzelnen Rechtsverhältniſſen der Ausdruck condictio gebraucht würde, um eine wirkliche bonae fidei actio, namentlich die actio praescriptis verbis, zu bezeichnen.

(e) *L.* 25 *pr. de O. et A.* (44. 7.), vgl. Syſtem § 206.

(f) *L.* 1 *C. de don. q. sub modo* (8. 55.) „... condictio quidem tibi in hoc casu, *id est in personam actio,* jure procedit" ... Man kann die Worte id est etc. als Erklärung des Ausdrucks condictio verſtehen, (alſo in demſelben Sinn wie *L.* 25 *pr. de V. O.*), ſie können aber auch ſagen wollen: „welche perſönliche Klage im vorliegenden Fall eine condictio ſeyn würde."

Dieſes wird nun in der That von folgenden zwey Stellen behauptet:

a) *L.* 19 § 2 *de praescriptis verbis* (19. 5.)

Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et *incerti condictione, id est praescriptis verbis.*

Es iſt jedoch ſchon oben bemerkt worden, daß die Vulgata anſtatt condictione lieſt actione; da nun incerti *actio* eine ganz regelmäßige Bezeichnung der a. praescriptis verbis iſt, dieſe letzte Leſeart aber handſchriftliche Beglaubigung hat, ſo iſt es unbedenklich, dieſelbe vorzuziehen, wodurch die aus dieſer Stelle hergeleitete Einwendung verſchwindet (§ 217. o.).

b) *L.* 3 § 4 *de cond. causa data* (12. 4.). Unmittelbar vorher war geſagt, wenn Jemand einem Andern Geld gebe, damit Dieſer binnen einer beſtimmten Zeit einen Sklaven frey laſſe, der Sklave aber vor Ablauf der Zeit ſterbe, ſo daß den Empfänger noch kein Vorwurf treffe, ſo gelte die regelmäßige Rückforderung des Gegebenen nicht (g). Hieran ſchließt ſich nun die angeführte Stelle:

Quinimo et si nihil tibi dedi ut manumitteres, *pla-*

(g) *L.* 3 § 3 *de cond. causa data* (12. 4.) „... Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse: *si minus, cessare.*" Bey den letzten Worten muß nun aus dem Vorhergehenden (§ 2 und § 3) ergänzend hinzu gedacht werden: nisi poeniteat, welches Ulpian nur nicht jedesmal wiederholen wollte. Dieſes poenitere aber hat wieder eigenthümliche Beſchränkungen, wodurch es im letzten Erfolg oft ganz wirkungslos werden kann. *L.* 5 *pr.* § 2. 3. 4. *eod*

cuerat tamen ut darem, ultro tibi competere actionem quae ex hoc contractu nascitur, *id est condictionem*, defuncto quoque eo.

Hier sagen die Meisten, es sey die a. praescriptis verbis als condictio bezeichnet. Diese kann aber schon deshalb nicht gemeynt seyn, weil der Herr, der den Sklaven nicht mammittirt hat, unmöglich sagen kann: *feci* ut dares. Deswegen haben Andere angenommen, die Worte id est condictionem seyen von Tribonian, oder gar von Abschreibern, eingesetzt. Allein selbst durch dieses gewaltsame Verfahren ist nur die Hälfte der Schwierigkeit beseitigt, nämlich die Bedeutung des Ausdrucks condictio, der Grund einer Klage erhellt daraus nicht. Offenbar aber sollen die Worte ex hoc contractu nur als Wiederholung dienen für die vorhergehenden Worte *placuerat* tamen ut darem. Das placitum nun kann nur unter der Voraussetzung contractus heißen und eine Klage erzeugen, wenn es durch Stipulation bestärkt war. Dieses also hat Ulpian gedacht, und zwar nicht unmittelbar gesagt, wohl aber durch das wiederholende ex *hoc contractu* angedeutet (h). Die Condiction ist also die certi condictio aus der Stipulation. Und nun will Ulpian, mit strengem innerem Zusammenhang der Gedanken, Folgendes sagen. So wie bey dem früheren Tod des Sklaven der Empfänger das Geld b e-

(h) In anderen Stellen wird neben dem placitum die Stipulation ausdrücklich genannt (*L.* 27 *C. de pactis* 2. 3, *L.* 4 *C. de rer. perm.* 4. 64.); hier wird sie durch das Wort contractu außer Zweifel gesetzt.

halten darf (§ 3: si minus, *cessare*), so darf er es selbst noch einklagen, wenn es ihm nicht bezahlt, sondern nur durch Stipulation versprochen war (i).

XXVII.

Einige andere Stellen des Gajus scheinen für die Condiction nur die Intentio mit dare oportere (ohne facere) anzugeben, und die scheinbare Differenz derselben von der oben angegebenen Stelle (Num. XXV.) bedarf einer Erklärung und Rechtfertigung.

Gajus IV. § 18. (a)

> Nunc vero non proprie (b) condictionem dicimus actionem in personam, qua intendimus, *dari nobis* (c) *oportere:* nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

Gajus wollte die neuen Condictionen mit den alten Legis actiones vergleichen, die diesen Namen führten; da nun diese nur auf dare giengen (d), so konnte er natürlich

(i) Auch hier muß ergänzend hinzu gedacht werden: nisi poeniteat (Note g.). — Die hier versuchte Erklärung hat im Wesentlichen schon Chesius jurispr. Rom. et Att. II. p. 786. Andere Erklärungen werden angeführt bey Glück B. 13 S. 41, Schulting notae ad Digesta III. p. 74. Eine neue Erklärung versucht Pfordten Abhandlungen S. 278.

(a) Er hatte vorher von der alten Legis actio per condictionem gesprochen, und dabey bemerkt, condicere heiße eigentlich so viel als denuntiare, und bey der alten condictio sey eine denuntiatio auf 30 Tage üblich gewesen. Die hier im Text abgedruckte Stelle steht auch, mit geringen Abweichungen, in dem § 15 *J. de act.* (4. 6.).

(b) Inst. *abusive.*

(c) Inst. *actor intendit*, dari *sibi* oportere (weil der Kaiser nicht seine eigene Person in die Erklärung einflechten wollte).

(d) Gajus IV. § 19.

von den neuen Condictionen nur diejenigen erwähnen, die ihnen durch ihren Inhalt entsprachen, also nur die mit dare, nicht die mit dare facere.

Ganz dieselbe Bewandniß, und noch augenscheinlicher, hat es mit der folgenden Stelle, worin er vor dem möglichen Misverständniß warnen will, als ob die neuen Condictionen auf einer Fiction der alten beruhten, und diese Fiction in ihrer Formel ausgedrückt enthielten. Ein solches Misverständniß war natürlich nur denkbar bey denjenigen neuen Condictionen, die auf dare, nicht die auf dare facere giengen, da diese mit den alten Condictionen schon ihres Inhaltes wegen gar keine Verwandtschaft hatten.

Gajus IV. § 33.

> Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur. Sive enim *pecuniam*, sive *rem* aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam *dari nobis oportere* intendimus, nec ullam adjungimus condictionis fictionem.

So ist die wörtliche Differenz dieser zwey Stellen von der zuerst angeführten völlig erklärt und gerechtfertigt, und wir haben keinen Grund, deshalb dem Gajus ungenaue und schwankende Rede vorzuwerfen (e). Eben so aber haben wir auch keinen Grund, in jenen Stellen des

(e) Diese Rechtfertigung kommt freylich dem § 15 *J. de act.* (4. 6.) nicht zu Statten; denn Dieser ist ungeschickt compilirt aus Gajus IV. § 5 und § 18, so daß in ihm gar kein Grund sichtbar wird, weshalb die Formel der Condiction in der ersten Hälfte mit dare facere, in der zweyten mit dare, angegeben wird, so daß hier diese Verschiedenheit als blos nachlässige Rede erscheint.

Gajus die Angabe mehrerer succeſſiven Entwicklungsſtufen der Condiction anzunehmen, gleich als ob auf die alte condictio erſt blos die neue auf dare, dann die neueſte auf dare facere gefolgt wäre (f). Bey Gajus iſt vielmehr blos von Zwey Zeiten die Rede: der Zeit der Legis actiones (vor der L. Aebutia), und der Zeit, welche ſeit Aufhebung der L. actiones und Einführung der formulae eingetreten war, und die er als unverändert fortdauernd mit nunc bezeichnet. Indem er den heutigen Sprachgebrauch mit dem Beywort non proprie (bey Juſtinian abusive) belegt, will er damit keinen Tadel ausſprechen, ſondern nur die Abweichung von dem älteren Sprachgebrauch, und zugleich von der etymologiſchen Wortbedeutung bemerklich machen, weil condicere ſo viel heiße als denuntiare, da doch die denuntiationes bey den neueren Condictionen nicht mehr vorkämen.

XXVIII.

Die letzte Stelle des Gajus, die hier in Betracht kommt, lautet ſo:

Gajus IV. § 2.

> In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus, *dare*, *facere*, *praestare oportere*.

Hier macht die wörtliche Abweichung von den drey

(f) Heffter in Gajum lib. 4 p. 65.

oben angeführten Stellen keine Schwierigkeit, denn in diesen ist die Rede von Condictionen allein, hier aber von den persönlichen Klagen im Allgemeinen, von welchen ja die Condictionen nur eine einzelne Art ausmachen. — Auch Das ist auf den ersten Blick einleuchtend, und macht daher keine Schwierigkeit, daß die in den Worten: id est ... oportere enthaltene Erklärung nicht alle persönliche Klagen überhaupt zum Gegenstand hat, sondern nur diejenigen, welche mit einer Intentio in jus concepta versehen sind; denn die in factum gefaßten waren ja einer solchen gemeinschaftlichen Angabe ihres Inhalts nicht empfänglich, da jede derselben ganz anders lautete als die übrigen.

Alle Schwierigkeit liegt in dem Wort praestare. Da nämlich den vorhergehenden Worten dare facere ganz bekannte und sichere Intentionsformen entsprechen, so erwartet man, daß bey manchen Klagen die Intentio auf praestare oportere gelautet haben möge. Nun kommt aber eine solche Intentio in dem ganzen Umfang unsrer Quellen nicht vor, und es läßt sich mit Wahrscheinlichkeit nicht annehmen, daß Gajus, der so reich an mannichfaltigen Beyspielen ist, gerade diese Form in einem Beyspiel anzuführen vergessen haben sollte; ganz unzulässig aber würde die Annahme seyn, daß die Römer mit diesen Ausdrücken nach Gutdünken abgewechselt haben sollten, da vielmehr hierin die Beobachtung der strengsten Gleichförmigkeit unverkennbar ist.

Alles aber erklärt sich daraus, daß Gajus von allen

persönlichen Klagen überhaupt sprechen will, also auch (wie er noch ausdrücklich hinzufügt) von den Delictsklagen, bey welchen der Ausdruck dare facere in der That nicht üblich war (Num. XXVI.); auf Diese also geht der Ausdruck praestare (a). Freylich auch nicht praestare als ein in der Intentio derselben wirklich vorkommender Ausdruck, sondern nur als allgemeine Hinweisung auf diesen, von dare facere verschieden lautenden, Ausdruck. Demnach läßt sich die angeführte Stelle des Gajus so umschreiben: „Die persönlichen Klagen haben als Intentio entweder ein bloßes Geben (dare), oder noch ein anderes, von dem Geben verschiedenes, Thun (facere), oder ein solches Leisten, welches nicht mit dem Ausdruck dare facere bezeichnet wird." Hierin ist also das praestare nicht von dem facere der Sache nach verschieden (so daß es nicht unter facere mit verstanden werden könnte), sondern nur wörtlich verschieden, und es bezieht sich auf die Intentio der De-

(a) Wesentlich dieselbe Erklärung, nur kurz angedeutet, findet sich bey Puchta Lehrbuch der Pandekten S. 213 Note b. — Eine andere Meynung hat Marezoll, Über Dare, Facere, Prästare, in Linde's Zeitschrift B. 10 Num. VIII. Nach ihm geht praestare auf die b. f. actiones, und ist gleich dem zusammen gefaßten dare facere, anstatt daß die str. j. actiones ein abgesondertes dare oder facere zum Gegenstand haben sollen (S. 275. 280. 286. 297. 309. 310.). Allein wenn Diesem so wäre, läge darin kein Grund, noch neben dem dare facere das praestare auszudrücken, da M. selbst nicht annimmt, daß in der Intentio jemals das Wort praestare gestanden habe. Dare facere (für dare *aut* facere) hat überall dieselbe Bedeutung, in den Condictionen, wie in den b. f. actiones, und der Unterschied dieser beiden Klagarten wird blos durch den Zusatz ex fide bona bezeichnet.

lictsobligationen: damnum decidere, oder pro fure damnum decidere (b).

Man könnte einwenden, wenn Dieſes die Meynung des Gajus geweſen wäre, ſo hätte er ja beſtimmter ſagen können: dare facere *damnum decidere* oportere. Dieſes gieng aber deswegen nicht an, weil die Intentionen der einzelnen Delictsklagen wieder ihre Eigenthümlichkeiten hatten (Num. XXVI.), die nur durch eine ſo abſtracte Benennung, wie praestare, kurz umfaßt werden konnten.

Eine beſondere Beſtätigung erhält dieſe Erklärung des Gajus durch den etwas veränderten Ausdruck in Juſtinians Inſtitutionen.

§ 1 *J. de act.* (4. 6.).

Actiones in personam sunt, per quas intendit, adversarium ei dare facere oportere, *et aliis quibusdam modis.*

Die alii modi, die hier für praestare geſetzt werden, ſind nun eben: damnum decidere, pro fure damnum decidere, und vielleicht noch manche andere, uns unbekannte, Wendungen bey anderen Delictsklagen (c).

(b) Africanus braucht mehrmals damnum *praestare*, ganz willkührlich abwechſlend mit damnum *decidere*, für die der furti actio entſprechende Leiſtung. *L.* 61 *pr.* § 1. 2. 3. 5 *de furtis* (47. 2.).

(c) Nämlich man darf durchaus nicht dieſe Schlußworte mit den früher vorangehenden Worten: vel ex contractu, vel ex maleficio verbinden, als ob darin eine ergänzende Hinweiſung auf die Quaſicontracte und Quaſidelicte läge, wie es z. B. von Otto in Inst. l. c. geſchieht. Dann würde ja die in die Mitte eingeſchobene Parentheſe ſagen, nur die Contracte und Delicte, nicht die Quaſicontracte, erzeugten Klagen in personam, mit dare facere oportere.

XXIX.

Mit der zuletzt erklärten Stelle des Gajus sind noch folgende Stellen durch die Erwähnung des praestare verwandt, welche erklärt werden müssen, um nicht manchen Zweifeln und Misverständnissen Raum zu lassen.

Paulus sagt in *L.* 3 *pr. de O. et A.* (44. 7.):

> Obligationum substantia .. in eo consistit ... ut alium nobis obstringat ad *dandum* aliquid, vel *faciendum*, vel *praestandum*.

In diesem Zusammenhang wäre das faciendum oder das praestandum (neben dem dandum) allein völlig hinreichend gewesen; die an sich überflüssige Zusammenstellung der drey möglichen Gegenstände enthält eine augenscheinliche Anspielung auf die drey gleichnamigen Arten der Intentio in den Klagformeln, wie sie in der zuletzt erklärten Stelle des Gajus vorkommen, und wahrscheinlich auch von den anderen Schriftstellern angegeben zu werden pflegten.

Die Lex Iulia oder Papia hatte bestimmt, jeder Freygelassene, welcher wenigstens Zwey Kinder in väterlicher Gewalt habe, solle dadurch befreyt seyn von allen Verpflichtungen, die er etwa früher gegen seinen Patron durch Eid, Stipulation, oder auf andere Weise, übernommen haben möchte. Dieses wird in dem Volksschluß selbst so ausgedrückt:

Die richtige Erklärung wird vertheidigt von Vinnius und Schrader in § cit.

L. 37 *pr. de operis libert.* (38. 1.).

Ne quis eorum ... quicquam ... *dare, facere, praestare* debeto.

In dieſem Zuſammenhang, da blos von Verträgen die Rede iſt, kann praestare unmöglich von Delictsobligationen verſtanden werden. Allein die Stelle ſpricht auch überhaupt nicht von Klagformeln, ſondern von eingegangenen Stipulationen, und deren Faſſung war völlig der Willkühr der Parteyen überlaſſen. Demnach iſt der Sinn der Stelle dieſer: „er ſoll frey ſeyn von Allem, was er verſprochen haben mag, ohne Unterſchied, ob dieſes Verſprechen auf ein Geben, oder ein Thun, oder irgend ein anderes Leiſten durch den wörtlichen Ausdruck gerichtet ſeyn möchte.“

Die Lex Galliae cisalpinae Cap. XXII. verordnet, daß bey allen Klagen, die nicht auf baares Geld gehen, die in einem Municipium vorgekommene in jure confessio dieſelben Folgen gegen den Geſtändigen haben ſoll, wie wenn ſie in Rom vorgekommen wäre. Dieſe Vorſchrift wird in den Zeilen 31—34 ſo ausgedrückt:

Sei is eam rem ... dare, facere, praestare, restituereve oportere, aut se debere, ejusve eam rem esse, aut se eam habere, eamve rem, de qua arguetur, se fecisse, obligatumve se ejus rei noxiaeve esse, confessus erit, deixeritve .....

Hier geht das praestare, neben dare facere, wiederum auf die Delictsobligationen. Das folgende restituereve,

aut se debere, würde in Beziehung auf eine Klagformel nicht noch besonders, neben jenen Drey Stücken, genannt werden können, eben so wie das später folgende: eamve rem ... se fecisse, obligatumve se ... esse. Allein es ist ja auch hier nicht von (feststehenden) Klagformeln die Rede, sondern von Confessionen, die eben so willkührlich und zufällig verschieden im Ausdruck gefaßt seyn konnten, wie es oben von den Stipulationen bemerkt worden ist. Das Gesetz will also sagen: es ist gleichgültig, ob der Ausdruck der confessio so gefaßt war, wie es in den Klagformeln üblich ist (dare, facere, praestare oportere), oder in anderen, das Daseyn einer Verpflichtung bezeichnenden Worten (restituere oportere, se debere, obligatum se esse). Dagegen gehen die Worte: ejusve eam rem esse, aut se eam habere augenscheinlich auf den Fall einer in rem actio, wobey bekanntlich zwey Stücke Gegenstände des Beweises, also auch eines möglichen Geständnisses sind: das Eigenthum des Klägers (*ejus* eam rem esse), und der Besitz des Beklagten, der das Geständniß ablegt (*se* eam habere) (a).

(a) Marezoll bey Linde, Zeitschrift B. 10 S. 283 erklärt das *restituere* oportere von der Vindication; der Ausdruck restituere würde Das wohl zulassen, aber oportere geht durchaus nur auf Obligationen, von der Vindication reden also nur die Worte: ejus eam rem esse, se eam habere. Das restituere oportere geht daher auf die Restitution einer res commodata, deposita, locata, wobey auch das Geständniß mit dare facere, debere, obligatum esse, genügt haben würde.

XXX.

Die bisher vorgetragene Verschiedenheit und Verwandtschaft zwischen den Condictionen und anderen persönlichen Klagen wird noch deutlicher hervortreten durch Zusammenstellung derjenigen Intentiones in jus conceptae, die uns, mehr oder weniger vollständig, in Beyspielen persönlicher Klagen erhalten sind:

A) Condictionen (stricti juris actiones).

Si paret, X. Millia dari oportere. GAJUS IV. § 41. 86.

Si paret, fundum Cornelianum dari oportere (a).

Quidquid dari fieri oportet. GAJUS IV. § 136. *L.* 29 § 1 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 72 § 3 *de sol.* (46. 3.).

B) Bonae fidei actiones.

Sie haben stets die Intentio: Quidquid dari fieri oportet ex fide bona, keine andere (b). Es kommen davon folgende Beyspiele wirklich vor:

Depositi actio. GAJUS IV. § 47. 60.

Emti. GAJUS IV. § 131 (in der zweyten Formel).

(a) Eine vollständige Formel dieser Art kommt nicht vor, aber daß sie wirklich auf ein bloßes dare oportere lautete, ist nach GAJUS IV. § 33 und II. § 204 nicht zu bezweifeln.

(b) So vollständig steht diese Formel nur bey GAJUS IV. § 47, CICERO de off. III. 16 und VALERIUS MAXIMUS VIII. 2 § 1. In den übrigen Stellen, worin die Formel nur beyläufig angeführt wird, sind die Schlußworte weggelassen, deren wirkliche Hinzufügung sich bey allen b. f. Actionen ohnehin von selbst verstand. Dagegen haben alle diese Stellen das dare facere oportet, nie blos facere, oder praestare, oder einen anderen Ausdruck, und Dieses durch eine solche Zahl von Zeugnissen belegen zu können, ist nicht unwichtig.

Cicero de offic. III. 16. Valerius Maximus VIII. 2. § 1.

Venditi. *L.* 27 *de novat.* (46. 2.).

Locati. *L.* 89 *de V. O.* (45. 1.).

Pro socio. *L.* 71 *pro socio* (17. 2.).

Tutelae. *L.* 11 *rem pupilli* (46. 6.).

C) Delictsobligationen.

Furti actio mit pro fure damnum decidi oportere. Gajus IV. § 37. 45.

Einige Beyspiele, mit unvollständigen Formeln, sind unbestimmt, indem in ihnen das dare facere sowohl auf eine Condiction, als auf eine b. f. actio, gehen kann. Gajus IV. § 41. § 131 (in der ersten Formel).

Besonders wichtig in dieser Hinsicht ist das vollständig erhaltene Formular der Aquiliana stipulatio. Diese sollte dazu dienen, verschiedene, vielleicht sehr mannichfaltige Geschäftsverhältnisse aus früherer Zeit in sich aufzunehmen, und so durch novatio zu tilgen, damit eine darauf folgende einfache acceptilatio jeden künftigen Anspruch sicher ausschließen könnte. Zu diesem Zweck drückte sie sich, in Beziehung auf Obligationen, also aus (c):

Quidquid te mihi ex quacumque causa *dare facere oportet*, oportebit, praesens in diemve ...

Gewiß war hier die Absicht, alle bestehende contractliche Verhältnisse, mochten sie aus Stipulationen oder aus anderen Contracten herrühren, also stricti juris oder bonae

(c) *L.* 18 § 1 *de accept.* (46. 4.), § 2 *J. quibus modis. oblig.* (3. 29.).

fidei seyn, recht sicher zu umfassen, und da zu diesem Zweck der Ausdruck dare facere für hinreichend erachtet wurde, so muß es in der That keine contractliche Obligationen gegeben haben, die nicht durch diesen Ausdruck erschöpfend bezeichnet gewesen wären. Daß hier das praestare nicht vorkommt, ist sehr natürlich, da in jener Stipulation nicht an Schulden aus Diebstählen oder anderen Delicten, sondern nur an die aus Verträgen und ähnlichen Geschäften, gedacht war.

XXXI.

Nachdem bisher die Condictionen im Allgemeinen betrachtet worden sind, sollen nunmehr die einzelnen Arten derselben untersucht und festgestellt werden.

Die meisten Schriftsteller haben dadurch Verwirrung in diese Lehre gebracht, daß sie alle specielle Bezeichnungen von Condictionen, wie sie irgendwo vorkommen mögen, als gleichartig betrachtet und daher auf eine Linie gestellt haben, gleich als ob sie Glieder einer und derselben Eintheilung wären. Es sind aber hier vielmehr Zwey Gesichtspunkte zu unterscheiden, nach welchen einzelne Arten der Condictionen aufgestellt werden (a).

(a) Ganz unrichtig also stellte man in Eine Reihe: Condictio indebiti, triticaria, furtiva u. s. w. Den hier gerügten Fehler hat richtig bemerkt Gans Obligationenrecht S. 87. 132. Er geht aber auf der anderen Seite zu weit, indem er irrigerweise Drey Gesichtspunkte unterscheiden will (wozu in unsren Quellen kein Grund vorhanden ist), und dadurch neue Verwirrung in die an sich einfache Sache bringt.

Erstlich, nach den Entstehungsgründen, kommen folgende besondere Bezeichnungen vor: Condictio indebiti, sine causa, ob causam datorum, ob injustam causam, ex causa furtiva, ex lege. Diese Namen aber beruhen nicht auf einer durchgeführten Eintheilung, sondern sie sollen blos dazu dienen, einige Fälle kurz zu bezeichnen; es ist hauptsächlich ein theoretisches Erleichterungsmittel, praktische Folgen knüpfen sich an diese einzelnen Arten weniger (b). Ein besonderer Werth wird von den Alten nicht darauf gelegt, die Namen werden oft nicht gebraucht, oder nicht genau gebraucht; besonders aber haben gerade die wichtigsten Fälle gar keine habituelle Namen ähnlicher Art, so die Condictionen aus dem Darlehen, der Stipulation (c), der Expensilation, dem Legat, obgleich es auch bey diesen gar nicht unrichtig ist, den Entstehungsgrund daneben auszudrücken, wo gerade das Bedürfniß darauf führt. Der Name condictio ob turpem causam bezeichnet keinen eigenen Entstehungsgrund, sondern eine besondere Modification, die bey der condictio sine causa oder ob causam datorum eintreten kann, wenn der Zweck einen unsittlichen Character hat.

Zweytens, nach den Klagformeln, woran sich zugleich wichtige praktische Folgen anschließen (d). Um diesen

(b) Manche praktische Eigenthümlichkeiten finden sich hie und da allerdings, wie z. B. bey der condictio indebiti die sehr in's Einzelne gehende Beweisregeln.

(c) Von dem allerdings technischen Namen *actio* ex stipulatu wird weiter unten die Rede seyn, aber *condictio* ex stipulatu ist nicht üblich. — Über den Namen condictio ex mutuo s. u. XLII. a.

(d) Die gänzliche Verschieden-

schwierigen und bestrittenen Gegenstand mit Sicherheit behandeln zu können, ist es nöthig, zuerst die Klassen der Condictionen selbst, unbekümmert um die Namen, aufzustellen, und dann über die Namen eine besondere Untersuchung anzustellen.

XXXII.

In Beziehung auf die Klagformeln und deren Wirkungen kommen folgende Drey Klassen von Condictionen vor, nicht mehr, nicht weniger.

I. Condiction auf eine bestimmte Summe in baarem Geld. Sie war nur möglich, wenn der angebliche Entstehungsgrund (Darlehen, Stipulation u. s. w.) auf eine baare Geldsumme hinführte, dann aber auch nothwendig, so daß hierin durchaus keine Willkühr Statt fand. War also in dieser Hinsicht eine falsche Formel gewählt, so mußte ohne Zweifel die Klage abgewiesen werden.

Die Formel war: Si paret, Centum dare oportere, Iudex Centum condemna (a), also certa Intentio und certa Condemnatio. Voran gieng vielleicht eine Demonstratio, die den Entstehungsgrund bezeichnete, z. B. Quod Agerius Negidio Centum mutuos dedit, oder: de Negidio Centum stipulatus est. Allgemein war wohl eine solche nicht, und

heit beider Klassificationen erhellt daraus, daß aus der Stipulation, dem Indebitum, dem Diebstahl u. s. w., je nach den zufällig verschiedenen Gegenständen, bald eine certi, bald eine incerti condictio entsteht.

(a) Gajus IV. § 41. 43. 86, s. o. Num. XXX.

namentlich mag sie wohl in dem Prozeß des Roscius nicht vorgekommen seyn, da sonst Cicero nicht hätte in Frage stellen können, ob ein Darlehn, eine Stipulation, oder eine Expensilation, der Klage zum Grunde liege. Vielleicht hing es also von der Willkühr des Klägers ab, ob eine Demonstratio hinzugefügt werden sollte oder nicht. Wo diese Condiction eine specielle Veranlassung hatte, wie z. B. Diebstahl, Indebitum u. s. w., da mag wohl die Demonstratio stets hinzugefügt worden seyn. — Sogar müssen wir annehmen, daß diese nähere Bezeichnung des Entstehungsgrundes einer Forderung unmittelbar in der Intentio ausgedrückt werden konnte (Si paret, *ex stipulatu* centum dari oportere) (b), so daß also in dieser Beziehung ein freyer Spielraum für die Fassung der Formeln gestattet worden ist. In dem Prozeß des Roscius kann, aus dem eben angegebenen Grunde, diese nähere Bezeichnung auch in der Intentio nicht enthalten gewesen seyn. Dagegen wird in der oben aus Quinctilian angeführten Stelle (X. k.) vorausgesetzt, daß die Stipulation als Klagegrund in der Formel ausgedrückt war; sey es nun in der Demonstratio, oder in der Intentio, welches bey Quinctilian unbestimmt bleibt.

Die eigenthümliche, höchst wichtige, Wirkung dieser

(b) Gajus IV. § 55. „Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum pereclitari (velut) ... si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur." Daß er in der That eine in die Intentio aufgenommene Bezeichnung meint, zeigt unwidersprechlich die Vergleichung mit § 58.

Art der Condiction war die sponsio tertiae partis, die keinesweges blos bey dem Gelddarlehen, sondern bey einer jeden auf baares Geld gerichteten Condiction Statt fand (Num. X. l. m). Cicero nennt sie auch *legitimae* partis sponsio, ohne Zweifel weil sie durch die Lex Silia für die alte Legis actio auf baares Geld eingeführt, und von dieser auf die neuere Condiction herüber genommen worden war.

Der Sinn dieser Sponsion war der, daß der Kläger den Beklagten zwingen konnte, für den Fall der Verurtheilung, außer der Hauptsumme, noch den dritten Theil derselben als Strafe zu bezahlen. Allerdings mußte auch der Kläger sich bequemen, eine gleiche Summe für den Fall der Abweisung zu versprechen (c); bey einer wohlbegründeten, mit guten Beweisen versehenen, Klage aber war diese Gefahr nicht bedeutend.

Diese Eigenthümlichkeit der Condiction auf baares Geld war praktisch wichtiger, als man auf den ersten Blick glauben möchte, ja sie war ohne Zweifel das wichtigste Moment, welches noch in späterer Zeit, als die Verschiedenheiten des Richterpersonals mehr zurück traten, zwischen den Condictionen und anderen Klagen einen namhaften Unterschied aufrecht hielt. Man denke sich, welchen Nachdruck auch im heutigen Rechtszustand eine Klage dadurch erhalten würde, wenn ihr eine Succumbenzstrafe von $33\frac{1}{3}$ Procent des Streitsgegenstandes beygelegt wäre.

(c) Gajus IV. § 13. 180.

XXXIII.

II. Condiction einer bestimmten Sache außer dem baaren Geld.

Die Formel war: Si paret, fundum Cornelianum (oder Stichum servum, oder auch tritici optimi modios Centum) dari oportere, Iudex quanti ea res erit tantam pecuniam condemna, also certa Intentio, aber incerta Condemnatio (Num. XXX.). Auch hier konnten die verschiedensten Entstehungsgründe vorkommen, selbst ein Darlehen, welches nur nicht in baarem Gelde bestand, so daß also hier der Unterschied der Gegenstände des Darlehens (Num. V.) praktische Wichtigkeit erhält. Der Entstehungsgrund mag hier, eben so wie bey der Condiction auf baares Geld (Num. XXXII.) sehr häufig, aber nicht allgemein, durch eine vorhergehende Demonstratio, oder auch in der Intentio selbst, bezeichnet worden seyn.

Auch diese Formel war wieder nicht blos zulässig, sondern nothwendig, wenn die vom Kläger angegebene Stipulation u. s. w. darauf führte, so daß also auch bey der Wahl dieser Formel keine Willkühr Statt fand.

Sie war minder begünstigt als die vorhergehende Formel, weil ihr die Sponsion des dritten Theils des Streitgegenstandes nicht zur Seite stand. Dagegen war sie, eben so wie jene, der Gefahr des plus petere ausgesetzt, da sie gleichfalls eine certa Intentio hatte (a).

(a) Gajus IV. § 53. 54.

Die zweifelhafteste Frage bey dieser Art der Klage ist der Umfang der vom Judex auszusprechenden Condemnation. Diese geht, nach der Formel, auf quanti res est, Welches in mehreren Stellen als aestimatio bezeichnet wird (b). Es fragt sich aber, ob diese aestimatio auf den reinen Sachwerth zu beschränken, oder vielmehr auf das vielleicht viel höhere Interesse des Klägers auszudehnen ist. Man möchte das Erste annehmen wegen der buchstäblichen Natur einer stricti juris actio, und weil sonst in dieser Beziehung der Unterschied zwischen strengen und freyen Klagen verschwinden würde. Dennoch halte ich für wahrscheinlicher, daß das vollständige Interesse des Klägers in die Verurtheilung aufgenommen wurde, und zwar aus folgenden Gründen.

Der Ausdruck: quanti res est hatte allmälig durch Interpretation immer mehr die Bedeutung des quanti interest angenommen, und namentlich ganz sicher in den Condemnationsformeln sehr vieler Klagen (Beylage XII.). Nun wäre es allerdings denkbar, daß bey den Condictionen die beschränktere Schätzung des reinen Sachwerths nöthig gefunden worden wäre; es ist aber höchst unwahrscheinlich, daß man in diesem Fall dennoch unvorsichtigerweise denselben Ausdruck, wie in jenen anderen Klagen, gebraucht haben sollte, anstatt durch die Verschiedenheit

(b) *L.* 39 § 1 *de leg.* 1 (30. un.) (da wo sie die Stipulation erwähnt), *L.* 98 § 8 *de solut.* (46. 3.), Gajus II. § 202.

der in der Condemnationsformel gebrauchten Ausdrücke das sehr verschiedene Recht deutlich zu bezeichnen.

Ferner ist schon oben bemerkt worden, daß die einzelnen, durch die Entstehungsgründe bezeichneten, Condictionen nicht als verschiedene Klagen zu betrachten waren, also auch nicht verschiedenes Recht mit sich führen konnten (Num. XXXI.). Nun wurde aber ganz bestimmt Derjenige, welcher einen Sklaven gestohlen hatte, auf das volle Interesse verurtheilt (c), also liegt Dieses in der Natur der Condiction, und mußte auch eben so gelten, wenn der durch Stipulation versprochene Sklave nicht gegeben wurde (d). Man könnte einwenden, Dieses geschehe bey der condictio furtiva zur Bestrafung der besonderen Schlechtigkeit des Diebes. Allein erstlich ist der Natur der Condiction diese Betrachtungsweise fremd, und zweytens ist ja um Nichts weniger schlecht Derjenige, welcher den versprochenen Sklaven aus Bosheit tödtet, um ihn nicht geben zu müssen, oder den lebenden Sklaven blos hartnäckig zu geben verweigert, und dadurch die Verurtheilung in baares Geld erzwingt.

Dann kommen noch folgende nahe liegende Fälle vor. War ein Sklave durch Stipulation versprochen, dann vom Schuldner vergiftet, und nun noch vor der Wirkung des Giftes mancipirt worden, so war buchstäblich die Stipulation erfüllt, und dadurch die Stipulationsklage ausge-

(c) *L.* 3 *de cond. furt.* (13. 1.).

(d) Die Intentio gieng ja in beiden Fällen, bey dem Diebstahl und bey der Stipulation, gleicherweise auf: Stichum servum *dare oportere.*

schlossen, wenn auch gleich nachher der Sklave an dem Gift starb (e). Wegen des augenscheinlichen Dolus aber bekam nun der Stipulator die doli actio, und durch diese das volle Interesse (Beyl. XII. Num. VIII. a. b.). War nun aber der Sklave vor der Mancipation gestorben, also die Stipulation unerfüllt, so galt die Condiction auf den Sklaven (f), und es ist doch kaum denkbar, daß er nun eine geringere Entschädigung als in jenem Fall hätte erhalten sollen. — Wenn der versprochene Sklave durch einen Dritten getödtet wird, so ist der dabey unschuldige Promissor frey, aber es geht gegen den Dritten die doli actio auf volles Interesse (g), und auch hier muß man fragen, warum wohl der Stipulator weniger bekommen sollte, wenn die Tödtung durch den Schuldner selbst verübt wurde. — Wenn in einem solchen Fall der Bürge den versprochenen Sklaven tödtete, so war die Hauptschuld getilgt, folglich auch die Schuld des Bürgen vernichtet, aber gegen Diesen gieng nun die doli actio auf das volle Interesse (h), und auch dabey drängt sich wieder die so eben aufgeworfene Frage auf.

(e) *L.* 7 § 3 *de dolo* (4. 3.).
(f) *L.* 91 *pr. de V. O.* (45. 1.).
(g) *L.* 18 § 5 *de dolo* (4. 3.).
(h) Wenigstens nach der Meynung des Papinian in *L.* 19 *de dolo* (4. 3.). Die meisten freylich nahmen an, die Stipulationsklage selbst daure gegen den Bürgen fort, jedoch nur als utilis actio, mit Hülfe einer Restitution. Auf diese Weise sind folgende scheinbar widersprechende Stellen zu vereinigen. *L.* 88. 91 § 4 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 95 § 1 *de solut.* (46. 3.). — *L.* 32 § 5 *de usuris* (22. 1.), *L.* 49 *pr. de V. O.* (45. 1.), *L.* 38 § 4 *de solut.* (46. 3.). Vgl. Ribbentrop Correalobligationen S. 32.

Man möchte nun freylich sagen, in allen diesen Fällen könne der Stipulator gleichfalls die doli actio noch nachträglich gebrauchen, um die Differenz des Sachwerths und des Interesse's nachzufordern; allein die angeführten Stellen scheinen ganz absichtlich die doli actio nur gegen entfernter stehende Personen zuzulassen, gegen den Hauptschuldner selbst aber, durch stillschweigende Übergehung Desselben zu versagen, gerade deswegen weil gegen Diesen die Stipulationsklage genügen müsse: auch scheint überhaupt ein solcher Gebrauch der doli actio, zur bloßen Ergänzung einer anderen, schon vorhandenen Klage, nicht zulässig (i).

Endlich möchte wohl folgender Grund die bisher zusammen gestellten noch überwiegen. Wenn die Stipulation eines Grundstücks auf einen bestimmten Tag gerichtet ist, dieser aber durch des Schuldners Mora nicht eingehalten wird, so kann der Glaubiger das volle Interesse dieser Verzögerung fordern (k). Es wäre aber ganz inconsequent, das Interesse für die weit stärkere Verletzung zu versagen, wenn die Erfüllung durch den Willen des Schuldners nicht blos verzögert, sondern völlig verhindert wird.

Obgleich es nun aus diesen Gründen für sehr wahrscheinlich gehalten werden muß, daß die hier behandelte Art der Condiction, namentlich also auch im Fall einer Stipulation, auf das volle Interesse gieng, so wäre es

(i) *L.* 1 § 4 *de dolo* (4. 3.).

(k) *L.* 114 *de V. O.* (45. 1.) „Si fundum certa die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quo minus ea die praestetur: consecuturum me, *quanti mea intersit*, moram factam non esse."

dennoch wünschenswerth, daß auch noch unmittelbare Zeugnisse hierüber aufgefunden werden möchten.

XXXIV.

III. Condiction irgend eines Gegenstandes außer dem Geben einer bestimmten Sache.

Die Formel war: Quidquid ob eam rem dare facere oportet, ejus Judex condemna (Num. XXX.), also incerta Intentio und incerta Condemnatio. Der Entstehungsgrund muß hier ganz allgemein durch eine vorhergehende Demonstratio ausgedrückt worden seyn, da es außerdem der Klage, wegen des höchst allgemeinen Ausdrucks der angeführten Intentio, an jeder individuellen Bezeichnung gefehlt haben würde. Auch giebt Gajus in den Fällen dieser Condiction jedesmal eine Demonstratio ausdrücklich an (a). Wegen der incerta Intentio war hier ein plus petere unmöglich, diese Gefahr also für den Kläger nicht vorhanden (b).

Diese Art der Condiction war, eben ihrer Unbestimmtheit wegen, auf die mannichfaltigsten Gegenstände anwendbar. Zuerst auf das Geben einer Sache, die von irgend einer Seite unbestimmt geblieben war, so daß die

(a) Gajus IV. § 136. 137 giebt als Beyspiel an: Quod A. Agerius de N. Negidio *incertum* stipulatus est. Man muß aber nur nicht glauben, als ob jemals in einer wirklichen Klagformel der abstracte Ausdruck incertum gestanden hätte; an dessen Stelle stand der wirkliche Gegenstand der geschlossenen incerta stipulatio, z. B. possessionem tradi, insulam fabricari u. s. w. Es ist also damit ganz wie mit den Namen Agerius und Negidius, die auch niemals in einer wirklichen Klagformel standen.

(b) Gajus IV. § 54.

Gränzen der zur Erfüllung dienenden Handlung nicht aus der Formel völlig erkennbar waren (c). Ferner auf eine Tradition, das heißt die Übertragung des Besitzes (d). Eben so auf die Eingehung eines obligatorischen Rechtsgeschäfts, z. B. Bürgschaft, Expromission, Acceptilation, oder darauf, daß ein Rechtsgeschäft in seinen Folgen wieder rückgängig gemacht werde (e). Endlich auf Arbeit irgend einer Art, oder auch auf eine bloße Unterlassung (f).

Die Wirkung dieser Art der Condiction war die, daß der Beklagte das volle Interesse bezahlen mußte, ja Dieses

(c) *L.* 75 § 1. 2. 4. 5. 8 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 60 *de leg.* 1 (30. un.). Hier fällt nämlich der Begriff der incerta stipulatio mit dem der incerta Intentio in den meisten Fällen zusammen, jedoch wohl nicht in allen. Die Stipulation: usumfructum fundi Corneliani dare spondes? war incerta (*L.* 75 § 3 *eod.*), ohne Zweifel weil wegen der ungewissen Lebensdauer der Geldwerth dieses Niesbrauchs ungewiß war. Allein die Intentio wurde wahrscheinlich so gefaßt: Si paret usumfructum dare oportere, so daß die Condiction zur zweyten Klasse gehörte (Num. XXXIII.), worin ein plus petere möglich war. Denn die Gränzen der Handlung, wozu der Schuldner verpflichtet war, hatten durchaus nichts Ungewisses: er sollte den Niesbrauch gerade dieser Sache durch in jure cessio bestellen, nichts Anderes, nicht mehr noch weniger.

(d) *L.* 75 § 7 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 4 *pr. de usuris* (22. 1.). War der Gegenstand eine res mancipi, so mußte Dieses ganz unzweifelhaft seyn, weil hieran die Tradition niemals Eigenthum verschaffen konnte. Allein auch bey einer res nec mancipi möchte wohl Dasselbe gegolten haben; denn obgleich hier die Form der Tradition zur Übertragung des Eigenthums zureichte, so lag doch in dem Ausdruck dare mehr als in dem Ausdruck tradere, weil das Letzte schon vollständig erfüllt wurde, selbst wenn die Sache einem Dritten gehörte, in welchem Fall das dare nicht vollzogen war. Dieser Unterschied ist angedeutet in *L.* 11 § 2 *de act. emti* (19. 1.).

(e) *L.* 3 *de cond. sine causa* (12. 7.), *L.* 2 § 4 *de don.* (39. 5.), *L.* 12 *de nov.* (46. 2.), *L.* 68 *de V. O.* (45. 1.).

(f) *L.* 75 § 7 *de V. O.* (45. 1.).

war hier nicht anders möglich, da ein bestimmter Sachwerth (als Gegensatz des Interesse) durch den unbestimmten Gegenstand dieser Klagen von selbst ausgeschlossen war. Indessen lag hierin, nach der über die zweyte Klasse der Condictionen oben aufgestellten Ansicht (Num. XXXIII.), kein praktischer Unterschied zwischen diesen beiden Klassen. — Dagegen war allerdings ein solcher Unterschied darin anerkannt, daß die zweyte Klasse, eben so wie die erste, niemals die omnis causa, also die Früchte, mit umfaßte, welche in den Condictionen der dritten Klasse allerdings mit begriffen war (g).

Wenn man so die Wirkungen der drey Klassen von Condictionen mit einander vergleicht, so ist darin eine gewisse Abstufung unverkennbar, wodurch die dritte Klasse der freyen Natur der b. f. actiones sich annähert, ohne jedoch zu wirklicher Gleichheit mit Denselben zu gelangen (h). Es würde aber ganz unrichtig seyn, deswegen die Condictionen dieser dritten Klasse für uneigentliche zu halten, da sie die allgemeine Natur der Condictionen oder stricti juris actiones mit den übrigen völlig gemein haben, und unter dem von Gajus aufgestellten Begriff der condictiones unzweifelhaft enthalten sind: eben so unrichtig, als wenn auf der anderen Seite Manche behaupten, der Begriff der Condictionen sey auch wohl, in uneigentlichem Sprachge-

(g) *L.* 4 *pr. de usuris* (22. 1.).

(h) Beylage XIII. Num. XV. Diese vermittlende Natur der Condictionen dritter Klasse ist richtig bemerkt von Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 S. 184.

brauch, über die hier gezogenen Gränzen hinaus erweitert worden (i).

XXXV.

Wenn man so die aufgestellten drey Klassen der Condictionen, nach ihren praktischen Eigenthümlichkeiten, vergleicht, so ist es einleuchtend, daß die der ersten Klasse dem Kläger den großen Vortheil der Sponsion einer Succumbenzstrafe verschafften, wodurch sie sich vor allen übrigen auszeichneten. Dagegen waren ihm die der zweyten Klasse nachtheiliger als die der dritten. Sie führten die Gefahr des plus petere mit sich, und sie verschafften ihm nicht, neben der Hauptsache, noch die Früchte derselben; vielleicht auch verschafften sie ihm nur den reinen Sachwerth, nicht das Interesse, welche Meynung jedoch oben bekämpft worden ist.

Außer und über diesen drey Klassen der Condictionen

(i) Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 S. 185. Hasse Wesen der actio S. 84. 85. Ganz irrig wird von Diesem der Ausdruck abusive oder non proprie mit einem solchen vermeyntlichen uneigentlichen Sprachgebrauch in Verbindung gesetzt, vgl oben Num. XXVII. — Wenn ich aber behaupte, daß der Ausdruck condictio nie über die hier gezogenen Gränzen hinaus erweitert worden sey, so ist Dieses von wirklichem, besonnenem Sprachgebrauch zu verstehen. Der falsche Schein größerer Allgemeinheit des Begriffs, der aus der unvorsichtigen Fassung einiger Stellen der Justinianischen Compilation entsteht (Num. XXV. a, XXVI. f. g.), kann dagegen nicht als Einwendung gelten, und darf nicht als ein wahrhaft veränderter Sprachgebrauch der Justinianischen Zeit angesehen werden, indem der alte Begriff der condictio unzähligen Stellen der Digesten so bestimmt zum Grunde liegt, daß sie ohne dessen Voraussetzung ganz unverständlich seyn würden.

aber steht eine noch hinzutretende Wirkung, die mit einem einzigen Fall der ersten Klasse der Condictionen verbunden ist, die strenge Exsecution nämlich, die durch die Zwölf Tafeln eingeführt war, und wodurch der Schuldner ursprünglich Leben oder Freyheit verlieren, späterhin in Schuldknechtschaft gerathen sollte. Diese sollte ursprünglich nur bey dem wahren Gelddarlehen Statt finden, später wurde sie auf das in der nexi obligatio enthaltene symbolische Gelddarlehen ausgedehnt, und nahm also, wiewohl nur beschränkt und theilweise, einen ähnlichen Entwicklungsgang, wie er hier für die Condictionen überhaupt durchgeführt worden ist. Die Lex Poetelia hob diese Erweiterung (die nexi obligatio) für immer auf, und seit dieser Zeit ist der in der Schuldknechtschaft liegende Zusatz zu der allgemeinen Wirkung der Condictionen, auf das Gelddarlehen im strengsten Sinn eingeschränkt geblieben, ohne irgend eine der Erweiterungen dieses Rechtsverhältnisses in sich aufzunehmen, welche hier als Grundlage der Condictionen (Num. VI—XI.) dargestellt worden sind (a). — Außerdem aber war die nexi obligatio, solange sie bestand, dadurch noch besonders geschützt, daß der Abläugnende zur Strafe den doppelten Betrag bezahlen mußte (b).

(a) Diese hier nur kurz angedeutete Lehre von der Schuldknechtschaft ist von mir ausführlich dargestellt worden in einer schon oben angeführten Schrift (Num. X. n.)

(b) Cicero de officiis III. 16.

XXXVI.

Nachdem jetzt die Klassen der Condictionen nach ihren Gränzen, Formeln, und Wirkungen, dargestellt worden sind, ist noch die Terminologie zu untersuchen. Ich will eine Übersicht des Sprachgebrauchs, so wie ich ihn für richtig halte, vorausschicken, und dann die Beweise nachfolgen lassen.

Certi condictio, und actio oder condictio *si certum petetur* (oder *petatur*) ist ganz gleichbedeutend, und bezeichnet stets und ausschließend eine Condiction erster Klasse, also auf baares Geld.

Triticaria condictio heißt jede andere Condiction, der Ausdruck umfaßt also die zweyte und dritte Klasse.

Incerti condictio ist der Name einer Condiction der dritten Klasse, welcher also einen Theil Desjenigen bezeichnet, worauf der allgemeinere Name der triticaria geht.

Actio ex stipulatu ist die triticaria condictio in besonderer Anwendung auf die durch Stipulation begründete Condiction zweyter oder dritter Klasse.

Diese Behauptungen sind nunmehr einzeln zu beweisen.

XXXVII.

Daß die erste Klasse der Condictionen (auf bestimmte Geldsumme) den Namen führt, si certum petetur, gründet sich auf das unmittelbare Zeugniß des Ulpian, in der be-

ſtimmteſten und unzweydeutigſten unter allen hier einſchlagenden Stellen.

L. 1 *pr. de cond. tritic.* (13. 1.).

Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, *si certum petetur* (a). Qui autem alias res, per triticariam condictionem petet.

Dieſe Stelle iſt deswegen entſcheidender als alle übrigen, weil ſie geradezu eine erſchöpfende Eintheilung aller Condictionen aufſtellt, und dieſe mit Kunſtausdrücken belegt.

Ganz derſelbe Ausdruck findet ſich in den Rubriken der hier einſchlagenden Titel der Digeſten (XII. 1.) und des Codex (IV. 2.); auch handelt der erſte faſt blos, der zweyte ganz ausſchließend, von Forderungen beſtimmter Geldſummen.

Anderwärts kommt derſelbe Ausdruck mit geringen wörtlichen Varietäten vor. In zwey Stellen des Ulpian, als: condicticia actio per quam certum petitur (b), und causa, obligatio ex qua certum petitur (c). Bey Gajus IV. § 50 als formula qua certam pecuniam petimus.

In dieſem Ausdruck heißt alſo certum ſo viel als certa pecunia, im Gegenſatz aller anderen beſtimmten oder unbeſtimmten Gegenſtände einer Forderung; es wird aber

(a) Die Vulgata lieſt hier petatur, und eben ſo ſteht in der Rubrik von Cod. IV. 2. In den weiter unten angeführten Stellen ſteht petitur und petimus. Petetur ſteht in den Rubriken der Digeſten XII. 1, und möchte wohl der unmittelbare Ausdruck des Edicts ſeyn.

(b) *L.* 24 *de R. C.* (12. 1.).

(c) *L.* 9 *pr. de R. C.* (12. 1.).

unten gezeigt werden, daß derselbe Ausdruck bey der Stipulation eine andere Bedeutung hat.

Diese Art der Condiction von allen anderen durch einen eigenthümlichen Kunstausdruck zu unterscheiden, wurden die Römer durch mehrere Gründe bestimmt. Ein historischer Grund lag in dem unmittelbaren Zusammenhang derselben mit der alten condictio ex L. Silia (Num. XXII.); ein praktischer in der wichtigen, nur hier geltenden, sponsio tertiae partis (Num. XXXII.); ein formeller Grund endlich lag darin, daß hier allein nicht nur die Intentio, sondern auch die Condemnatio, völlig bestimmt, also von jeder freyen Beurtheilung völlig unabhängig war.

XXXVIII.

Der Name *Certi* condictio ist mit der eben erklärten Benennung völlig gleichbedeutend, also gleichfalls bey der Klage auf baares Geld ausschließend anwendbar, so daß auch hier certum so viel heißt als certa pecunia.

Dieses folgt schon aus den Worten; denn certum petere sagt Dasselbe wie certum condicere, und certum condicere kann unmöglich eine andere Bedeutung haben als certi condictio.

Es wird aber auch die Identität beider Ausdrücke unmittelbar in folgender Stelle des Ulpian bezeugt:

L. 9 *pr. de R. C.* (12. 1.).

Certi condictio competit ex omni causa, ex omni

obligatione, *ex qua certum petitur*, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto: *licet enim nobis* ex omni contractu certum condicere (a).

Die Hauptsache in dieser Erklärung der certi condictio besteht offenbar darin, daß der Ausdruck ausschließend für die Klagen auf baares Geld, nicht für die auf das Eigenthum anderer bestimmter Sachen, bezogen werden soll. Eine Bestätigung dieser beschränkenden Erklärung liegt in folgendem Umstand. Ohne Zweifel will hier Ulpian bemerklich machen, daß der Gebrauch dieser Klage in vielen Fällen zu gestatten sey, worin auch schon andere Klagen gelten, weshalb man die Zulässigkeit jener Klage wohl bezweifeln konnte. Es muß also oft für den Kläger vortheilhaft gewesen seyn, diese Klage vorzugsweise vor anderen Contractsklagen anzuwenden. Dieser Vortheil nun liegt für die Condiction auf baares Geld am Tage, anstatt daß die Condiction eines Sklaven, eines Pferdes u. s. w., da wo sie mit einer b. f. actio concurrirte, nur nachtheiliger als diese für den Kläger seyn konnte (Num. XXXV.), also keine Veranlassung zu der Frage gab, ob man wohl auch sie vor anderen Klagen zu erwählen befugt seyn möchte (b).

(a) Ausführlich ist die Stelle schon oben, Num. XXIII., erklärt.

(b) Auf ähnliche Weise verhält es sich mit der *L.* 28 § 4 *de jurejur.* (Num. VI. c.), worin auch nur die certi condictio in Concurrenz mit manchen b. f. actiones erwähnt wird, nämlich weil nur deren Concurrenz praktisch erheblich war. — Noch anschaulicher wird Dieses bey der mit der actio L. Aquiliae concurrirenden Condiction (*L.* 9 § 1 *de R. C.* 12. 1.). Ulpian erwähnt diese Concurrenz nur bey der certi condictio, dennoch konnte sie eben so bey der triticaria vorkommen, wenn z. B. der von dem Gegner zerstörte

XXXIX.

Triticaria (a) condictio heißt jede, die nicht auf baares Geld geht, alſo ſowohl die auf beſtimmte, als die auf unbeſtimmte Gegenſtände, ſo daß ſie die zweyte und dritte Klaſſe der Condictionen gemeinſchaftlich bezeichnet, und daß durch ſie und die certi condictio der ganze Umkreis der Condictionen erſchöpft wird.

Dieſes ſagt ausdrücklich Ulpian in den Worten: Qui autem *alias res*, per triticariam condictionem petet (Num. XXXVII.). Der einzige Zweifel gegen die Allgemeinheit des Sinnes dieſer Stelle könnte etwa noch aus dem Wort res hergenommen werden, ſo daß der Name dennoch auf Condictionen mit *dare* oportere (nur außer dem baaren Geld) beſchränkt wäre. Allein dieſer Schein verſchwindet durch die von Ulpian hinzugefügten einzelnen Anwendungen. Mit dieſer Klage nämlich ſoll man einen fundus einfordern können „etsi vectigalis sit" (b). Bey einer gewaltſamen Dejection aus einem Grundſtück kann der vorige Beſitzer den fundus ſelbſt condiciren, wenn er Eigen-

Schuldſchein auf die über ein Grundſtück geſchloſſene Stipulation gerichtet war (Num. XIV.). Allein in dieſem Fall war durchaus kein Vortheil denkbar, der nicht eben ſo durch die actio L. Aquiliae erreicht werden konnte; umgekehrt konnte Dieſe größeren Vortheil bringen.

(a) Triticaria ſteht im Florentiniſchen Text der *L.* 1 *de cond. trit.* (13. 3.), triticiaria in der Rubrik (doch mit alter Correctur); eben ſo bey Haloander im Text. Triticaria iſt ohne Zweifel vorzuziehen, da zu dem eingeſchobenen Vocal kein Grund vorhanden iſt.

(b) *L.* 1 *pr. de cond. trit.* (13. 3.).

thümer ist; außerdem aber die possessio (c). In diesen beiden Fällen nun werden Condictionen der zweyten und dritten Klasse ohne Unterschied zusammengestellt, so daß auf die einen, wie auf die anderen, die condictio triticaria gleichmäßig anwendbar seyn soll. Denn die Klage auf fundum dare oportere gehört zur zweyten Klasse; dagegen die auf den fundus vectigalis, an welchem kein Eigenthum verschafft werden kann, und besonders die auf die possessio, gehört zur dritten Klasse, da die Übertragung des Besitzes ein facere ist (nicht dare), Welches nur durch eine incerti condictio (quidquid dare facere oportet) eingeklagt werden kann (XXXIV. d.).

Wie sich die certi condictio an die alte condictio ex L. Silia anschloß, so die triticaria an die ex L. Calpurnia, über deren ursprünglichen Gegenstand hinaus sie jedoch weit ausgedehnt wurde. Nur den Namen hat sie ohne Zweifel von ihr erhalten, da die condictio ex L. Calpurnia hauptsächlich auf ein in Getreide gegebenes Darlehen gerichtet worden seyn mag (d).

XL.

Incerti condictio heißt jede zur dritten Klasse gehörende, deren Intentio, auf Quidquid dare facere oportet lautend, eben so unbestimmt ist, als die Condemnatio. Dieser

(c) *L. 2 de cond. trit.* (13. 3.).

(d) S. o. Num. XXII. In Erklärungen des seltsamen Namens hat man sich von jeher erschöpft, und es finden sich auch sehr abgeschmackte darunter. Vgl. Glück B. 13 § 843.

Sprachgebrauch wird wohl am Wenigſten bezweifelt werden, und daher ſind von mir auch ſchon bisher, ehe noch der Sprachgebrauch beſonders unterſucht war, die von einer incerti condictio redende Stellen unbedenklich auf Condictionen der dritten Klaſſe bezogen worden (a).

Hieraus folgt alſo, daß die incerti condictio einen Theil der triticaria in ſich ſchließt, ein anderer Theil derſelben aber, nämlich die Condiction der zweyten Klaſſe, gar keinen beſonderen Namen führt. Ohne Zweifel aber liegt hierin der Hauptgrund, welcher bisher die Anerkennung der richtigen Terminologie verhindert hat. Denn es hat einen täuſchenden Schein logiſcher Nothwendigkeit, daß alle Condictionen entweder certi oder incerti ſeyn müßten; nach der hier vorgetragenen Lehre liegt zwiſchen beiden eine Klaſſe in der Mitte, welcher weder der eine, noch der andere Name zukommt (b). Der Grund dieſer auffallenden Erſcheinung aber liegt darin, daß die Natur dieſer Mittelklaſſe in der That zweydeutig, und aus beiden Eigenſchaften gemiſcht iſt, da ſie nämlich eine incerta

(a) So z. B. Num. XXXIV. c. — Nicht gleichbedeutend mit der incerti *condictio* iſt die incerta *formula* bey Gajus IV. § 54. 131, denn darunter ſind auch die b. f. actiones mit begriffen.

(b) Ein ſcheinbarer Einwurf liegt in *L.* 12 *de nov.* (46. 2) „tenetur condictione vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi si soluta esset.“ Allein hier gründet ſich das wirklich Ausſchließende dieſes Gegenſatzes auf die Umſtände des beſonderen Rechtsfalles. Denn es mußte entweder auf liberatio geklagt werden, welches als facere durch die incerti condictio gefordert wurde, oder auf Baarzahlung. Eine Condiction der zweyten Klaſſe konnte hier in keinem Fall vorkommen.

condemnatio neben einer certa intentio hat (Num. XXXIII. und System § 215.).

XLI.

Um diese Behauptung gegen Zweifel und Einwendungen zu sichern, ist es nöthig darauf aufmerksam zu machen, daß der Gegensatz des certum und incertum in verschiedenen Anwendungen verschiedene Bedeutungen, nach dem jedesmal eintretenden Bedürfniß, annimmt.

So hat er eine andere Bedeutung bey der Stipulation. Hier konnte man in der That sagen, jede Stipulation ist entweder certa oder incerta (auch certi oder incerti genannt) (a). Certa hieß jede, deren Umfang und Geldwerth aus den Worten, ohne Rücksicht auf künstliche Ermittlung und zufällige Umstände erkennbar war (b). Daher war ganz sicher certa stipulatio nicht nur die auf Geld, sondern auch die auf das Eigenthum eines bestimmten Ackers, Sklaven, Pferdes gerichtete, so daß aus der certa stipulatio Condictionen bald der ersten, bald der zweyten Klasse (also certi und triticariae condictiones) entsprangen, nie der dritten. Aus der incerta stipulatio dagegen entsprangen fast immer Condictionen der dritten Klasse, also incerti condictiones, doch nicht ganz allgemein; denn die Stipulation des Niesbrauchs war incerta, und erzeugte dennoch eine Condiction der zweyten Klasse, auf si paret dare oportere gerichtet (Num. XXXIV. c.).

(a) *L.* 68 *de V. O.* (45. 1.). (b) *L.* 74. 75 *de V. O.* (45. 1.).

Dagegen hatte bey der in jure confessio das Certum dieselbe Bedeutung, welche ihm oben in Anwendung auf die Condictionen beygelegt worden ist (Num. XXXVI—XXXVIII.), so daß diese Analogie sehr zur Unterstützung des hier behaupteten Sprachgebrauchs dient. In diesem Sinn nämlich heißt es: *Certum* confessus *pro judicato erit*, incertum non erit (c). Das will sagen: nur wenn das vor dem Prätor abgelegte Geständniß auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet ist, wird dadurch jedes fernere Urtheil entbehrlich, so daß unmittelbar die Execution erfolgen kann. Geht dagegen das Geständniß auf das Eigenthum eines Hauses, oder auf die Verpflichtung zum Geben eines Landguts u. s. w., so ist Dasselbe zwar von Wirkung, indem der Inhalt als Wahrheit gilt, aber es muß noch immer ein richterliches Urtheil hinzukommen, wodurch der Geldwerth jenes Eigenthums, oder jener Forderung, festzustellen ist (d). — Auch hier also heißt certum so viel als certa pecunia, ganz wie es oben bey den Condictionen behauptet worden ist.

XLII.

In besonderer Anwendung auf die Stipulation hat sich der Sprachgebrauch folgendermaßen festgestellt.

Aus ihr, wie aus anderen Thatsachen, konnte bald

(c) *L.* 6 *pr. de confessis* (42.2.).
(d) *L.* 6 § 1. 2 *de confessis* (42. 2.), *L.* 25 § 2 *ad L. Aquil.* (9. 2.) — Die hier aufgestellten Regeln sind auf überzeugende Weise dargethan worden von Bethmann-Hollweg Versuche über Civilprozeß S. 264—270.

eine certi, bald eine triticaria condictio entſtehen. Die certi condictio aber war von ſo eigenthümlicher Natur und Wichtigkeit, daß man da, wo ſie begründet war, meiſt nur dieſen Namen zu gebrauchen pflegte, ohne daneben den Entſtehungsgrund auszudrücken (a). Wo aber nicht ſie, ſondern eine Condiction der zweyten oder dritten Klaſſe Statt fand, da war die Bezeichnung des Entſtehungsgrundes (condictio indebiti, sine causa, ex causa furtiva u. ſ. w.) üblicher. Nach dieſer Analogie hätte man alſo auch von einer condictio ex stipulatu ſprechen können, es iſt aber üblich geworden, dafür den Namen *actio* ex stipulatu zu gebrauchen, vielleicht aus keinem andern Grunde, als um hier die Unterſcheidung von der *certi* condictio ex stipulatu ſchon durch den Ausdruck ſchärfer zu bezeichnen.

So iſt alſo die actio ex stipulatu nichts Anderes, als die triticaria condictio aus einer Stipulation. Und eben aus dem hier bemerkten Umſtand, daß bey den Condictionen zweyter und dritter Klaſſe die Beyfügung des Entſtehungsgrundes häufiger vorkam, erklärt ſich wohl die ſonſt räthſelhafte Seltenheit des Ausdrucks triticaria condictio in unſren Rechtsquellen. Es kam bey einzelnen

(a) Dieſer Sprachgebrauch tritt ſehr deutlich hervor in *L.* 9 *pr. de R. C.* (12. 1.), ſ. o. Num. XXIII. — Daher führt auch die Darlehensklage zwar bey neueren Schriftſtellern den techniſchen Namen condictio ex mutuo, aber nicht bey den Römern; denn da faſt immer nur von dem Darlehen in Geld die Rede iſt, ſo iſt die daraus entſpringende Condiction ſtets certi, wobey eben die causa nicht ausgedrückt zu werden pflegt. Vgl. oben Num. XXXI.

Rechtsverhältnissen vorzüglich darauf an, das Daseyn einer condictio überhaupt, im Gegensatz anderer Klagen, festzustellen; dann auch wohl die certi condictio, oder die incerti condictio, wo die eine oder die andere begründet war; endlich nicht selten den Entstehungsgrund. Dagegen machte sich nur selten das Bedürfniß fühlbar, das specielle Daseyn der triticaria, das heißt eigentlich, die bloße Negation der certi condictio, allgemein auszusprechen; denn triticaria heißt nur: eine Condiction, die nicht certi ist, übrigens aber von der verschiedensten Beschaffenheit seyn kann.

Dabey müssen noch zwey, von neueren Schriftstellern aufgestellte, Behauptungen abgewehrt werden.

Erstlich ist gesagt worden, actio ex stipulatu werde in einem uneigentlichen Sinn auch wohl für jede Stipulationsklage, mit Einschluß der certi condictio, gebraucht (b). Ich glaube im Gegentheil, daß dieser Ausdruck meist ganz bestimmt und erweislich eine Sache außer dem baaren Geld bezeichnet, oder, wo das Object unbestimmt gelassen wird, eben so gut eine solche Sache, als baares Geld, bezeichnen kann (c). Anders ist es mit dem verbalen Ausdruck: agere, consequi, petere ex stipulatu; dieser hat gar keine technisch bestimmte Natur, und wird daher öfter

(b) Schrader p. 495 ed. Inst. in 4°.

(c) *L.* 51 *de V. O.* (45. 1.), *L.* 7 *C. de pactis* (2. 3.), *L.* 6 *C. de transact.* (2. 4.), *L. un. pr. C. de r. ux. act.* (5. 13.).

auch von der Stipulationsklage auf baares Geld, alſo der certi condictio, gebraucht (d).

Erheblicher iſt die zweyte Behauptung, nach welcher die actio ex stipulatu gar nicht die Natur einer wahren Condiction haben ſoll. Daß ſie dieſe Natur hat, wird durch die beſtimmteſten Stellen bezeugt (e). Der Name actio kann dagegen keinen Zweifel erregen (Num. I.). Der aus einer Inſtitutionenſtelle entſtehende Zweifel aber wird ſogleich näher erwogen werden.

XLIII.

Es bleibt nun noch die Angabe und Erklärung einiger Stellen übrig, die an manchen der hier aufgeſtellten Behauptungen Zweifel erregen können.

Die erſte iſt eine Stelle deſſelben Ulpian, von welchem die entſcheidendſten Zeugniſſe für den oben feſtgeſtellten Sprachgebrauch herrühren.

L. 24 *de R. C.* (12. 1.).

Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet: sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur.

(d) *L.* 21 § 12 *de receptis* (4. 8.), *L.* 42 *pro socio* (17. 2), *L.* 28 *de act. emti* (19. 1.), *L.* 57 *de solut.* (46. 3.), *L.* 14 *C. de pactis* (2. 3.).

(e) *L.* 1 *pr. de cond. trit.* (13. 1.), worin bey dem ususfructus und der Servitut die Stipulation namentlich erwähnt wird, bey den übrigen Gegenſtänden aber eben ſo hinzu zu denken iſt. Ferner Gajus IV. § 136, welcher für die incerti stipulatio eine Formel angiebt, die nach § 5 deſſelben Buchs nothwendig für eine Condiction gehalten werden muß.

Wenn man hier die Bedeutung des Ausdrucks certum stipulari zum Grunde gelegt, die anderwärts, und zwar gleichfalls in Stellen des Ulpian, vorkommt (Num. XLI.), so würde die vorliegende Stelle sagen, daß die condictio si certum petetur bey der Stipulation auf ein Haus oder Pferd eben so gut angestellt werden könne, als bey der auf baares Geld gerichteten. Da aber dadurch Ulpian mit sich selbst, und zwar gerade mit der unzweydeutigsten aller diesen Gegenstand betreffenden Stellen (Num. XXXVII.) in unauflöslichen Widerspruch gerathen würde, so muß man annehmen, daß er in der gegenwärtigen Stelle unter dem Ausdruck certum stipulatus blos eine Geldstipulation verstanden hat. Dann scheint ihn allerdings noch der Vorwurf eines in dieser Hinsicht schwankenden Sprachgebrauchs zu treffen; allein auch dieser Vorwurf würde vielleicht verschwinden, wenn wir die so eben mitgetheilte Stelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhang lesen könnten, der sich aus ihrer höchst fragmentarischen Gestalt unmöglich errathen läßt.

XLIV.

Callistratus sagt, wenn ein Glaubiger einen Erben seines Schuldners verklagen wolle, und über den Umfang des Erbtheils ungewiß sey, so solle er den Beklagten hierüber vor dem Prätor befragen.

L. 1 *pr. de interrog.* (11. 1.).

Est autem interrogatio tunc necessaria, cum in per-

sonam sit actio, et ita, si certum petetur: ne dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres exstiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat.

Die Gefahr des plus petere aber war bey der zweyten Klasse der Condictionen eben so groß, als bey der ersten (Num. XXXIII.). Daher scheint also diese Stelle die Klage si certum petetur als gemeinschaftliche Bezeichnung beider ersten Klassen zu erwähnen, ganz im Widerspruch mit der oben vorgetragenen Lehre. — Indessen ist doch diese Folgerung weniger nothwendig als sie auf den ersten Blick scheinen möchte. Es ist nämlich wohl denkbar, daß in diesem Fall die Intentio mit völliger Sicherheit so gefaßt werden konnte: si paret, Negidium fundum Cornelianum, qua ex parte heres Seji est, dare oportere, ganz wie in ähnlichen Fällen schuldloser Ungewißheit auch die Vindication auf eine unbestimmte Quote zugelassen wurde (a). Bey einer Geldstipulation dagegen war diese Auskunft unmöglich, wenn der Kläger den Vortheil der certi condictio genießen wollte, da hierzu gewiß der unbedingte Ausdruck einer bestimmten Geldsumme erforderlich war.

(a) *L.* 76 § 1 *de rei vind.* (6. 1.). „Incertae partis vindicatio datur, si *justa causa* interveniat." Eine justa causa ist es gewiß, wenn der Kläger über die Erbschaftsverhältnisse des Beklagten zweifelhaft ist. — *L.* 8 § 1 *comm. div.* (10. 3.), Gajus IV. § 54. — Es wäre auch möglich, daß man in solchen Fällen dem Gläubiger eine incerti condictio (mit Quidquid .. oportet) gestattet hätte; auch diese konnte ihm, bey einer Geldstipulation, wenigstens nicht die sponsio tertiae partis verschaffen.

XLV.

Größere Zweifel erregt folgende Stelle aus Justinians Institutionen.

pr. J. de verb. oblig. (3. 15.).

> Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione ... Ex qua duae proficiscuntur actiones, tam *condictio,* si certa sit stipulatio, quam *ex stipulatu,* si incerta.

Liest man die Stelle so, wie sie hier abgedruckt ist, so würde darin der actio ex stipulatu die Eigenschaft einer Condiction abgesprochen seyn, wodurch die Stelle mit den unzweifelhaftesten Zeugnissen in Widerspruch treten würde (Num. XLII. e). Diese Schwierigkeit verschwindet, wenn man die durch mehrere und gute Handschriften bewährte Lesart *certi* condictio oder condictio *certi* vorzieht (a), wodurch von dieser Seite eine völlige Übereinstimmung der verschiedenen Zeugnisse entsteht. Dann bleibt aber noch die zweyte Schwierigkeit übrig, daß nun die certi condictio auf den Fall jeder certa *stipulatio* bezogen werden müßte, also auch auf die Stipulation eines Ackers oder eines Buchs, wie Dieses Theophilus ausdrücklich sagt. Hier scheint mir kein anderer Ausweg übrig, als die Annahme, daß sich die Verfasser der Institutionen, getäuscht durch die Zweydeutigkeit des Ausdrucks certi,

(a) Schrader p. 495 ed. Inst. in 4°. Theophilus freylich bestätigt die hier im Text abgedruckte Lesart.

wie in so manchen anderen Stellen, eine Übereilung haben zu Schulden kommen lassen. Es konnte Dieses gerade hier leicht geschehen, da, seit der Abschaffung des Formularprozesses, der Unterschied aus der Praxis verschwunden war, und nur noch aus Büchern erlernt werden konnte. Wollte man in dieser Auskunft eine Verletzung der Autorität Justinians finden, so muß erwogen werden, daß die Sammlung der Digesten, woraus ich meine Beweise hergenommen habe, unter derselben Autorität veranstaltet worden ist, und daß die logischen Gesetze, die uns zu dieser Auskunft, als der natürlichsten und wahrscheinlichsten, nöthigen, die Autorität der Gesetzgeber nicht anerkennen.

XLVI.

Wer sich nun durch diesen Versuch, die scheinbar widersprechenden Zeugnisse zu beseitigen (Num. XLIII. XLIV. XLV.), nicht befriedigt finden sollte, Der würde wohl anzunehmen genöthigt seyn, daß die Römischen Juristen in dem Sprachgebrauch geschwankt hätten, indem sie den Ausdruck condictio certi oder si certum petetur bald auf die erste Klasse der Condictionen allein (baares Geld), bald auch auf die zweyte (andere bestimmte Sachen) bezogen. Es ist aber nicht unwichtig zu bemerken, daß hierauf allein eine Meynungsverschiedenheit mit einigem Schein bezogen werden kann; also nicht auf die übrigen Stücke des oben festgestellten Sprachgebrauchs; noch weniger auf das Daseyn, die Begränzung, und die praktische Verschie-

denheit der drey Klassen der Condictionen selbst, Welches viel wichtiger ist als der Sprachgebrauch.

XLVII.

Am Schluß dieser Untersuchung über die Condictionen ist nun noch die historische Frage zu berühren, wann und wie diese Begriffe und Rechtsregeln entstanden sind. Darüber ist oben nur Das behauptet worden, daß die Condictionen, wie wir sie in unsren Rechtsquellen vorfinden, dem mit der L. Aebutia anfangenden Zeitalter der formulae angehören, daß sie sich aber, dem Namen und zum Theil auch der Sache nach, an die alte Legis actio per condictionem anschließen.

Neuere Schriftsteller haben sehr bestimmte Behauptungen über die historische Entwicklung der Condictionen aufgestellt. Nach ihnen hat zuerst lange Zeit keine andere Condiction bestanden, als die auf bestimmte Gegenstände gerichtete; Stipulationen also auf irgend eine Handlung, sey es Arbeit oder ein Rechtsgeschäft, sollen damals unmöglich gewesen seyn, und man soll sich anstatt Derselben lediglich mit stipulirten Geldstrafen, für den Fall der unterbleibenden Handlung, beholfen haben. Erst weit später soll die Erweiterung des Rechtsinstituts eingetreten seyn, die durch die incerti condictio auf Quidquid dare facere oportet ausgedrückt werde (a).

(a) Gans Obligationenrecht S. 84. 85. Hasse Wesen der actio S. 68. 77.

In Beziehung auf dieſe Frage muß ich meine Unwiſſenheit bekennen. Es iſt nicht gerade unmöglich, daß es ſich ſo zugetragen hat, wie Jene meynen, an Zeugniſſen darüber fehlt es uns gänzlich, und nicht einmal für wahrſcheinlich kann ich jenen Hergang halten, da das Bedürfniß von Verträgen der oben beſchriebenen Art ein ſehr natürliches und allgemeines iſt, die ausſchließende Befriedigung deſſelben durch Strafſtipulationen aber (ſo zweckmäßig ſie in einzelnen Fällen ſeyn mögen) für ſo unbehülflich gehalten werden muß, daß ohne Zweifel eine bequemere Auskunft ſich bald Bahn gebrochen haben müßte. — Die entgegengeſetzte Möglichkeit würde demnach ſo zu denken ſeyn, daß das ganze Syſtem der Condictionen, wie wir es kennen, mit einemmal entſtanden ſeyn mag. Auch damit iſt die Annahme wohl vereinbar, daß einige Zeit nöthig war, ehe die Begriffe, Formeln, Kunſtausdrücke, zu ihrer völligen, planmäßigen Ausbildung gelangten, worin ſie ſich dann für immer fixirten. Allein eine ſolche nicht ganz augenblickliche formelle Entwicklung würde noch immer ſehr verſchieden ſeyn von derjenigen ſucceſſiven Veränderung der Rechtsregeln ſelbſt, die von jenen Schriftſtellern als Thatſache angenommen wird; verſchieden beſonders auch darin, daß eine Veränderung wie dieſe vielleicht erſt durch lange Zeiträume hervorgebracht wird, anſtatt daß jene Entwicklung in kurzer Zeit vollbracht werden kann.

Denjenigen insbeſondere, Welche etwa geneigt ſeyn

möchten, die Entstehung der incerti condictio in sehr neue Zeit, etwa in die Kaiserzeit, zu versetzen, würden folgende Gründe entgegen stehen.

Will man überhaupt hierin einen successiven Fortschritt von buchstäblicher Beschränktheit zu freyerer Befriedigung praktischer Bedürfnisse annehmen, so würde die natürliche Folge diese seyn müssen: Condictio auf baares Geld und andere bestimmte Sachen. Incerti condictio. Bonae fidei actio. Denn wenn man die b. f. actiones für alt, die incerti condictio aber für eine neuere Rechtsbildung halten wollte, so würde Dieses mit aller Analogie im Widerspruch stehen. — Allein das System der b. f. actiones war schon zur Zeit des Cicero nicht nur vollständig ausgebildet, sondern er erwähnt dieselben auch auf eine Weise, daß die alte Herkunft ihrer Formeln, selbst in den theilweise alterthümlichen Ausdrücken, unverkennbar hervortritt (b). In einer Erzählung, worin die Formel der emti actio mit dem Zusatz ex fide bona wörtlich erwähnt wird, erscheint der Vater des Cato als handelnd (c), Welches also in die Zeit vor Cicero hinauf weist (d). — Eine Bestätigung des alten Ursprungs der b. f. actiones im Allgemeinen drängt sich uns auch auf, wenn wir den größten Theil derselben (z. B. Kauf, Depositum u. s. w.) mit denjenigen unter ihnen vergleichen, die in der That

(b) Cicero de off. III. 15. 17, topica C. 17.

(c) Cicero de off. III. 16, Valerius Maximus VIII. 2. § 1.

(d) Vgl. oben Beylage XIII. Num. XIII.

erſt in etwas neuerer Zeit anerkannt wurden, wie die aus den ſogenannten Innominatcontracten. Die völlig verſchiedene Behandlung der einen und der anderen bey den alten Juriſten tritt hier unverkennbar hervor.

Was aber noch unmittelbar die incerti condictio betrifft, ſo iſt folgende wohl beglaubigte Erzählung zu beachten. Vor dem Jahr der Stadt 664, in welchem die L. Julia der Latiniſchen Nation das Römiſche Bürgerrecht verlieh, wurde in derſelben das Eheverlöbniß vermittelſt einer Sponſion geſchloſſen, aus welcher, im Fall der willkührlichen Aufkündigung, auf Entſchädigung geklagt werden konnte; „litem pecunia (Iudex) aestimabat: *quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari* .. condemnabat" (e). Dieſes iſt das vollſtändigſte Bild einer damals geltenden, und gewiß aus weit früherer Zeit herrührenden, incerti condictio. Man wende nicht ein, Dieſes ſey Latiniſches Recht geweſen nicht Römiſches, ja es habe gerade durch die Ertheilung der Römiſchen Civität auch bey den Latinern aufgehört. Das iſt wahr in Anſehung der Klagbarkeit des Verlöbniſſes, deren gänzliche Verwerfung allerdings als ein eigenthümlicher Satz des Römiſchen Rechts betrachtet werden muß (f); aber die in dieſer Erzählung ganz gelegentlich hervortretende, auch das

(e) Gellius IV. 4 aus Neratius de nuptiis.

(f) Der Grund dieſes Rechtsſatzes iſt ausgeſprochen in *L.* 134 *pr. de V. O.* (45. 1.). In älterer Zeit mag auch in Rom eine Sponſion vorgekommen ſeyn, und die Wirkung einer Klage hervorgebracht haben. *L.* 2 *de sponsal.* (23. 1.).

bloße facere umfassende, Natur der Stipulation überhaupt, und der aus ihr entspringenden incerti condictio, deutet auf einen ähnlichen Rechtszustand hin, der für die Römer desselben Zeitalters mit der größten Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist.

Endlich ist noch zu erwägen, daß die Vertheidiger der hier in Zweifel gezogenen Meynung zu einseitig an die Stipulation, als Entstehungsgrund der Condiction, zu denken pflegen. Die Meynung geht also dahin, daß eine incerta *stipulatio* lange Zeit wirkungslos gewesen, und an ihrer Stelle nur eine Strafstipulation auf Geld gebraucht worden sey. Dabey wird übersehen, daß die incerti condictio auch ganz andere Entstehungsgründe haben kann. Wenn Jemand, in der irrigen Voraussetzung einer Schuld, baar zahlt, so hat er eine (indebiti) certi condictio; expromittirt er, anstatt zu zahlen, so ist seine Condiction incerti. Nun wird wohl Niemand annehmen, daß er in diesem letzten Fall lange Zeit gar keine Klage gehabt hätte, blos weil es an einer passenden formula fehlte. Nimmt man aber für diesen Fall eine von jeher geltende incerti condictio an, so ist nicht einzusehen, warum dieselbe nicht auch für die incerta stipulatio von jeher gegolten haben sollte.

Nachtrag

zu § 218.

In der angeführten Stelle ist der Satz aufgestellt, daß der von Cicero durchgeführte umfassende Unterschied der judicia und arbitria, welcher sich bey den alten Juristen in dem engeren Gegensatz der condictiones (str. j. actiones) und b. f. actiones wiederholt, im Zusammenhang stand mit der persönlichen Verschiedenheit der Richter, indem das judicium durch einen einzelnen judex aus dem Album, das arbitrium durch frey gewählte arbitri (einen oder mehrere) entschieden wurde. Als Beweis dieses Zusammenhanges wird daselbst blos die Stelle aus Seneca de benef. III. 7 angeführt.

Nachdem der Druck dieses Bandes schon vollendet war, bin ich von Rudorff auf eine Stelle der Zueignung zur Naturgeschichte des Plinius aufmerksam gemacht worden, die eine unverkennbare Bestätigung jener Behauptung enthält.

Plinius widmet sein Werk dem K. Titus, und führt weitläufig den Gedanken aus, daß dieses Werk nicht des Kaisers würdig sey. „Hätte ich nun (sagte er), dieses

Buch blos herausgegeben, so brauchte ich dein Urtheil nicht zu scheuen; ich könnte sagen, dasselbe sey unter deiner Würde, und nicht für dich geschrieben. Diese Entschuldigung entgeht mir dadurch, daß ich es dir zueigne." Er benutzt, als Ausdruck dieses Gedankens, das durchgeführte Bild eines Rechtsstreits. Die Bekanntmachung des Buchs behandelt er als eine angestellte Condiction. Darüber könne der Kaiser nicht Richter seyn, erstlich weil er geistig zu hoch stehe; das wird so ausgedrückt, er habe einen zu hohen Census, um in diesem Album der judices stehen zu können. Zweytens, weil Plinius ihn als Richter verwerfen könne. Dieses Alles aber falle jetzt weg, weil er den Kaiser nicht durch das Loos, sondern durch eigene Wahl (die Zueignung) zum Richter erhalten habe; jetzt sey das ganze Verhältniß nicht mehr einer Condiction, mit einem aus dem Album gelooften judex, zu vergleichen, sondern vielmehr einem Arbitrium, worin er selbst den arbiter vorgeschlagen habe. — Hier sind die Worte, deren Sinn ich so eben dargestellt habe.

> Tum possem dicere, quid ista legis Imperator? Humili vulgo scripta sunt ... quid te judicem facis? Cum hanc operam *condicerem*, non eras *in hoc albo*. *Majorem* te sciebam, quam ut descensurum huc putarem. Praeterea est quaedam publica etiam eruditorum *rejectio*. .... Sed haec ego mihi nunc patrocinia ademi nuncupatione, quoniam plurimum refert, *sortiatur* aliquis judicem, an *eligat*.

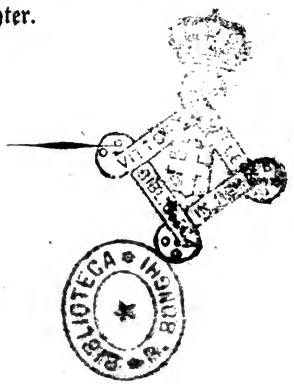
In dieſer ſpitzfindig durchgeführten Anſpielung auf den Civilprozeß ſind augenſcheinlich folgende Sätze enthalten. Bey der Condiction wird der judex durch das Loos beſtimmt (sortiatur), er kann aber von jeder Partey verworfen werden (rejectio). Gelooſt wird übrigens nur aus denjenigen Perſonen, deren Namen im Album ſtehen, und damit verhält es ſich auf folgende Weiſe.

Seit Cäſar ſollten nur Senatoren und Ritter in das Album aufgenommen werden, welche unter Auguſt in Drey Decurien vertheilt waren. Dieſer ſetzte eine vierte Decurie hinzu, die Ducenarii, welche einen geringeren als den Rittercenſus hatten, und nur in geringen Sachen (de levioribus summis) als judices dienen ſollten; Caligula fügte in gleicher Weiſe eine fünfte hinzu, wobey es dann blieb (a). Plinius nun will ſagen: mein Buch iſt eine ſo geringe Sache, daß zu ihrer Beurtheilung ein Mann wie der Kaiſer, der durch ſeinen Geiſt in den drey höheren Decurien der Richter ſteht, nicht berufen ſeyn kann; ſie gehört vielmehr vor die Richter der vierten oder fünften Decurien. Das drückt er ſo aus: Non eras in *hoc albo* (dein Name ſtand nicht in dem Album der vierten oder fünften Decurie, vor welche mein Buch gehört). *Majorem* te scie-

(a) Sueton. Julius 41. Octav. 32. Calig. 16. Galba 14. Vgl. Puchta Curſus der Inſtitutionen B. 1 S. 270. 381. 382. — Wenn daher Seneka de benef. III. 7 ſagt: judex ex turba selectorum, quem census in album, et *equestris hereditas* misit, ſo meynt er damit die drey höheren Decurien, die ein mindeſtens rittermäßiges Vermögen haben mußten, und deren Mitglieder allein fähig waren, in größeren Rechtsſachen zu richten.

bam (Du gehörst zu den Richtern der vornehmsten Decurien, die nur über größere Sachen urtheilen).

Das Loos als Bestimmung der Richter, welches im Criminalprozeß sehr bekannt ist, wird im Civilprozeß seltner erwähnt; es war hier nur möglich bey denjenigen Klagen, deren Richter aus einer geschlossenen Zahl von Personen (dem Album) genommen wurden, also nur bey den Condictionen. Erwähnt aber wird dieses Loos der Civilrichter, außer unsrer Stelle, auch noch in einer übrigens dunklen Stelle des Simplicius bey Goesius p. 79: „solent quidem per imprudentiam mensores *arbitros* conscribere aut *sortiri judices* finium regundorum causa." Auch hier wird es beschränkt auf die, den arbitri entgegen gesetzten, judices im engeren Sinn, das heißt die im Album verzeichneten Richter.



Gedruckt bei den Gebr. Unger.

HAG2020833

Druckfehler.

S. 90 Z. 12 ſtatt: in rem actio lies: in personam actio.